



UNIVERSITÀ DI PISA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

Tesi di Laurea Magistrale

*Il principio di proporzionalità nell'irrogazione della sanzione
disciplinare*

Candidato:

Amanda Moriconi

Relatore

Prof. Pasqualino Albi

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

A tutte le Persone della mia vita.

*A mio Padre:
da sempre e per ogni cosa,
un modello.*

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------	----------

Capitolo 1

FONDAMENTO DEL POTERE DISCIPLINARE: TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

1.1.	Natura del potere disciplinare in dottrina	
1.1.1.	<i>Quadro storico</i>	5
1.1.2.	<i>Teorie istituzionalistiche e teorie contrattuali</i>	7
1.1.3.	<i>Responsabilità disciplinare e responsabilità per inadempimento</i>	13
1.1.4.	<i>Conclusioni</i>	20
1.2.	Le infrazioni	
1.2.1.	<i>L'elemento soggettivo</i>	21
1.2.2.	<i>L'elemento oggettivo</i>	23
1.2.3.	<i>Il problema della diligenza tra teorie soggettivistiche e teorie oggettive</i>	26
1.2.4.	<i>L'obbligo di fedeltà</i>	28

Capitolo 2

LE SANZIONI CONSERVATIVE

2.1.	Le tipologie di sanzioni	44
2.2.	Il divieto di sanzioni che comportano mutamenti definitivi del rapporto di lavoro e il trasferimento disciplinare	47

2.3.	La conoscibilità delle sanzioni: il codice disciplinare	51
2.4.	Il principio di proporzionalità	62
	2.4.1. <i>L'importanza della recidiva nella determinazione della sanzione</i>	65
2.5.	Le sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: tra tipizzazione legislativa e tipizzazione contrattualistica	68
2.6.	L'introduzione delle sanzioni conservative per il dirigente pubblico	83

Capitolo 3

I LICENZIAMENTI

3.1.	Il licenziamento «ontologicamente» disciplinare	89
3.2.	L'applicabilità dell'art. 7, 1°, 2° e 3° comma, St. lav. al licenziamento disciplinare	94
	3.2.1. <i>Articolo 7 St. lav. e lavoro dirigenziale</i>	97
3.3.	Giusta causa e giustificato motivo	98
3.4.	La riforma Fornero	
	3.4.1. <i>Il dibattito sulla natura "materiale" o "giuridica" del «fatto contestato» al lavoratore</i>	102
	3.4.2. <i>Il licenziamento annullabile: giusta causa e giustificato motivo soggettivo</i>	108
	3.4.3. <i>Il ruolo della motivazione</i>	114
	3.4.4. <i>«Una riforma a favore del più forte»?</i>	117
3.5.	Il Jobs Act	125
	3.5.1. <i>Ambito di applicazione e questione di costituzionalità del "doppio binario" di tutele</i>	126
	3.5.2. <i>Il licenziamento disciplinare: la prova dell'insussistenza del fatto e l'eccezionalità della reintegra</i>	131

3.5.2.1. Predeterminazione e riduzione dell'indennità risarcitoria	134
3.5.2.2. L'effettiva riduzione dell'ambito della tutela reale: verso una monetizzazione del licenziamento	136
3.5.3. <i>L'esclusione del lavoro pubblico</i>	146
 CONCLUSIONI	 158
 BIBLIOGRAFIA	 166

INTRODUZIONE

Questa tesi intende dimostrare la decrescente importanza che il principio di proporzionalità tra infrazione addebitata e sanzione inflitta ha man mano acquisito nel settore privato, all'interno del procedimento di irrogazione della sanzione.

Il potere disciplinare da esercitarsi nei confronti dei dipendenti, da un lato, costituisce una prerogativa peculiare del datore di lavoro in quanto «capo dell'impresa» *ex art. 2086 c.c.*, e, dall'altro, è espressione caratteristica della subordinazione del prestatore di lavoro. Il potere disciplinare, la cui strumentalità al buon funzionamento dell'impresa era ben nota anche al padre della rivoluzione bolscevica Lenin, il quale lo considerava ineliminabile in quanto necessario per qualsiasi lavoro collettivo, non può però essere un potere "assoluto". Ruolo chiave nella delimitazione del potere in questione è sempre stato, almeno fino alle recenti riforme in materia, quello del principio di proporzionalità.

La tesi si propone di affrontare la questione della centralità del principio di proporzionalità tra fatto addebitato e sanzione irrogata così come emerge, in un primo momento, dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 e dalla legge 30 maggio 1970, n. 300, meglio nota come Statuto dei diritti dei lavoratori, e di mettere in evidenza il sempre maggior peso acquisito dal datore di lavoro nella irrogazione unilaterale delle sanzioni, siano esse di natura conservativa o estintiva.

Nel primo capitolo è presentata una panoramica sulla natura del potere disciplinare, con particolare attenzione alle ricostruzioni dottrinali susseguitesi nel corso degli anni. Viene presa in considerazione la prevalente contrapposizione tra teorie istituzionalistiche, legate ad una concezione dell'impresa intesa come "istituzione" e che quindi estendono l'ambito delle sanzioni disciplinari oltre i confini rappresentati dagli articoli 2104 e 2105 c.c., e teorie contrattualistiche che, invece, riconoscono al contratto un ruolo primario nell'organizzazione del lavoro all'interno dell'impresa e, di conseguenza, individuano nel contratto stesso la fonte del potere in oggetto. In seguito, si procede analizzando il rapporto intercorrente tra responsabilità disciplinare e responsabilità per inadempimento, con particolare riguardo all'esperimento dell'azione risarcitoria. La seconda parte del capitolo si sofferma sull'individuazione delle infrazioni che comportano l'irrogazione della sanzione e sulla delimitazione dei concetti di obbedienza e di fedeltà. L'articolo 2106 c.c., nello stabilire che

«l'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione», ricollega, da un lato, sul piano funzionale, i doveri di diligenza e di fedeltà di cui agli articoli 2104 e 2105 c.c. ad un interesse organizzativo del datore di lavoro e, dall'altro lato, trasferisce siffatto interesse alla sua posizione contrattuale, quale parte del contratto individuale di lavoro. Attraverso una disamina delle principali posizioni dottrinarie e giurisprudenziali, si è delineata la compresenza di nozioni più o meno allargate di fedeltà, concorrendo all'estensione di essa soprattutto contratti collettivi e giurisprudenza. Quest'ultima, a partire dagli anni '80, ha concorso a definire una nozione di fiducia, di carattere "personalistico", intesa come affidamento non solo nel corretto adempimento della prestazione presente e futura da parte del prestatore di lavoro, ma anche come affidamento nelle qualità personali del lavoratore, con forti ripercussioni, inoltre, sulle vicende extralavorative che lo riguardano.

Il secondo capitolo è interamente dedicato alle sanzioni conservative, alla loro tipizzazione e all'importanza della gradualità dell'irrogazione delle stesse nel rispetto del principio di proporzionalità, in assenza del quale viene dichiarata la nullità del provvedimento. Le sanzioni conservative, tipizzate dalla legge in rimprovero verbale, rimprovero scritto, multa e sospensione, non costituiscono un numero chiuso, in quanto rimane ferma l'ipotesi di una loro predisposizione in sede di contrattazione collettiva. Il più importante limite sostanziale che viene posto all'irrogazione della sanzione è il divieto di mutamenti definitivi del rapporto di lavoro. A questo è ricollegata la problematica fattispecie del trasferimento disciplinare, considerato, in giurisprudenza, ammissibile in presenza di esigenze tecnico-organizzative e produttive, con il rischio che esse vengano simulate nel tentativo di eludere i previsti controlli disposti all'uopo dallo Statuto dei lavoratori. La trattazione prosegue con la puntualizzazione dei presupposti per l'esercizio del potere ed, in particolar modo, la predisposizione e la conseguente necessaria conoscibilità del codice disciplinare, che negli ultimi anni, nel settore del pubblico impiego, ha visto l'introduzione, disposta dalla legge, di strumenti telematici. Ed è proprio la normativa prevista per il settore pubblico dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, modificato successivamente dalla legge 4 marzo 2009, n. 15 (c.d. riforma Brunetta) e dalla recente legge 7 agosto 2015, n. 124, ad offrire spunti interessanti di riflessione attraverso l'inserimento di una serie di nuove infrazioni rigidamente tipizzate, in un'ottica di forte rilegificazione della materia a scapito

della contrattazione collettiva. Una tendenza contraria a quella che si riscontra nel settore privato, si è poi manifestata nel lavoro pubblico con l'introduzione delle sanzioni conservative per il dirigente, il quale, prima della riforma, era passibile solamente di sanzione espulsiva. Si registra, quindi, nel settore pubblico, la tendenza a un maggiore rispetto del principio di proporzionalità, attraverso la predisposizione di sanzioni ulteriori rispetto all'unica precedentemente prevista, e quindi la necessità di una gradualità di sanzioni da applicare secondo la specificità del caso.

Il terzo capitolo riguarda la sanzione disciplinare per eccellenza, il licenziamento, che costituisce una delle questioni maggiormente trattate da dottrina e giurisprudenza. Non vi è alcun dubbio, infatti, che, per le sue conseguenze definitive e profondamente rilevanti dal punto di vista economico e sociale, esso rappresenti uno dei fenomeni più trattati dal Diritto del Lavoro. In esso, la problematicità scaturisce dal conflitto tra due diritti di rilievo costituzionale: da una parte, la libera iniziativa economica privata, assicurata costituzionalmente all'imprenditore dall'articolo 41 Cost., e dall'altra il diritto al lavoro, protetto dall'articolo 4 Cost., inteso come possibilità per il lavoratore di trarre *corrispettivamente* attraverso, l'adempimento della prestazione lavorativa, non solo i mezzi di sostentamento per sé e la propria famiglia, ma anche di ottenere realizzazione professionale e personale, mediante l'esercizio di un'attività che da sempre, secondo il comune sentire, qualifica e conferisce dignità all'esistenza umana.

In materia di licenziamento, negli ultimi tre anni si sono susseguite ben due riforme fondamentali, che hanno stravolto l'assetto delineato dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 e dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, rimasto invariato per oltre quarant'anni: la c.d. riforma Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) e il c.d. Jobs Act (diviso in due provvedimenti: il decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, anche noto come "decreto Poletti", e la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, che è stata attuata, per la parte che ci interessa, dal decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, denominato "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti").

La riforma Fornero ha scisso in quattro ipotesi progressivamente graduate la tutela contro i licenziamenti illegittimi e, per quanto riguarda i licenziamenti disciplinari, ha ridotto le ipotesi di applicazione della reintegra ai casi in cui il licenziamento sia illegittimo «per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una

sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» oppure «nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro». Centrale diventa, di conseguenza, la definizione di «insussistenza del fatto contestato», con la dottrina divisa tra una concezione materialistica del fatto ed una sua concezione giuridica.

Una ulteriore restrizione dell'ambito di applicabilità della reintegrazione è stata, infine, operata dal Jobs Act, al quale è dedicata l'ultima parte della trattazione. Esso rappresenta il punto di arrivo di una progressiva svalutazione del principio di proporzionalità che, nella nuova riforma, viene sminuito a tal punto che si arriva ad affermare che il giudice annulla il licenziamento e dispone la reintegrazione «nei soli casi in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto contestato al lavoratore, *rispetto alla quale* – si precisa – *resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*». Da ciò si prende in esame la figura del giudice e il ruolo che ad esso residua, tra possibilità di accertamento della sussistenza del fatto e determinazione dell'indennizzo entro *ranges* predefiniti.

Da ultimo, viene fatto un cenno al settore del lavoro pubblico che, dopo mesi di diatribe dottrinarie, è stato esplicitamente escluso dall'ambito di applicazione della riforma Poletti: per i dipendenti pubblici resta attualmente la tutela dell'articolo 18 e la conseguente possibilità di essere reintegrati al loro posto nel caso il giudice verifichi l'assenza di giusta causa. Il settore, però, dopo le linee guida emerse dai primi tasselli legislativi della riforma Madia sulle pubbliche amministrazioni, resta in attesa di una rimodulazione del Testo Unico sul Pubblico Impiego e di una compiuta regolamentazione dei licenziamenti che, sfruttando il “vento di cambiamento”, potrebbe rivelarsi, *rebus sic stantibus*, un “Jobs Act pubblico”.

CAPITOLO 1

FONDAMENTO DEL POTERE DISCIPLINARE: TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

1.1. Natura del potere disciplinare in dottrina

1.1.1. Quadro storico

L'ordinamento riconosce al datore di lavoro, come prerogativa del tutto peculiare, il potere di irrogare sanzioni ai dipendenti in caso di inadempimento degli obblighi contrattuali. Questo potere, insieme al potere direttivo e a quello di controllo della prestazione lavorativa, costituisce un potere tipico strumentale al potere organizzativo dell'attività lavorativa. Scopo precipuo della disciplina qui oggetto di studio è quello di sanzionare violazioni di regole riguardanti l'organizzazione e la disciplina del lavoro, prevenendone inoltre di future.

La concezione classica, che vedeva nel lavoro un bene di scambio, presentava i rapporti tra imprenditore e lavoratori come rapporti esterni all'impresa, ovvero rapporti di mercato. Alla fine del secolo scorso, infatti, il lavoro subordinato era caratterizzato dalla presenza di un soggetto che poneva a disposizione degli altri le proprie energie di lavoro in cambio di una retribuzione e il datore di lavoro che utilizzava le energie dei lavoratori coordinandole e che si obbligava a corrispondere la retribuzione. Il potere disciplinare veniva, quindi, individuato come espressione diretta della subordinazione e delle particolari esigenze organizzative.

Tramontata l'idea di un liberismo rigido, si assiste all'introduzione nel diritto del lavoro di una problematica sociale. Pur rimanendo il rapporto di lavoro un rapporto privatistico fondato sullo scambio, comincia a farsi largo l'esigenza di una normativa di ordine pubblico, che assuma tra gli interessi collettivi, propri di uno stato, alcuni interessi basilari riconducibili alla persona del lavoratore subordinato. Vengono, dunque, promulgate alcune leggi per la salvaguardia della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori, come la legge sul lavoro nelle miniere, sulla prevenzione degli infortuni (Legge 17 marzo 1898, n. 80), sul lavoro femminile e minorile (Legge 19 luglio 1902, n. 242). Ciò nonostante, le modalità della prestazione rimangono discrezionalmente determinate dall'imprenditore all'interno dei limiti previsti dal contratto, tant'è che riguardo la subordinazione si scrive che essa è «l'affermazione signorile

della volontà di uno solo: del capo che ha i rischi e perciò coordina il lavoro»¹. Non vi è alcun dubbio, neppure tra i lavoratori, che una volta stabilite e garantite delle condizioni minime ai lavoratori, contrattualmente o legalmente, il potere organizzativo del datore sia legittimo.

Le prime previsioni riguardanti il potere disciplinare le ritroviamo nella Carta del lavoro del 1927 che alla dichiarazione IX afferma la nullità del contratto collettivo privo di «norme precise sui rapporti disciplinari» e alla dichiarazione XIX prevede che «le infrazioni alla disciplina e agli atti che perturbino il normale andamento dell'azienda, commessi dai prenditori di lavoro, sono puniti, secondo la gravità della mancanza, con la multa, con la sospensione del lavoro e, per i casi più gravi, col licenziamento immediato senza indennità». Solamente un anno più tardi, il r.d. 6 maggio 1928, n. 1251 stabilirà per la mancata previsione di norme disciplinari nel contratto collettivo la conseguenza della non pubblicazione dello stesso e non più la sua nullità.

Il codice civile del 1942 ha superato la visione del contratto di lavoro inteso come semplice contratto di scambio, proponendo una nuova concezione imperniata sul momento istituzionale dell'impresa in quanto organizzazione gerarchica di persone cooperanti per un fine unitario tecnico-produttivo, di cui l'imprenditore è «capo» *ex art.* 2086². L'ideologia a cui si rifà il codice è ancora quella corporativistica, che assegna al Diritto del Lavoro la fondamentale funzione di concorrere alla tutela dell'interesse unitario dell'economia nazionale, al quale lavoratori ed imprenditori devono collaborare. È per questo che alla maggiore intensità dei limiti posti all'autonomia contrattuale corrisponde un rafforzamento dei poteri del datore di lavoro in qualità di capo dell'impresa, responsabile nei confronti dello stato dell'«indirizzo della produzione e degli scambi in conformità della legge e delle norme corporative» (art. 2088 c.c.).

L'introduzione della costituzione in posizione apicale nel nostro sistema delle fonti ha modificato in un punto la disciplina del codice civile, escludendo l'ammissibilità del licenziamento *ad nutum* e proponendo una interpretazione evolutiva della norma, richiedente per il licenziamento l'obiettivo sussistenza di un giustificato motivo.

Il ventennio che comprende gli anni che vanno dal 1950 al 1970 è stato caratterizzato da dure lotte sindacali, tendenti ad affermare i diritti democratici del lavoratore e a contrastare il potere imprenditoriale sul posto di lavoro. Gli anni '60, in particolare, caratterizzati da uno

¹ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, I, Società editrice italiana, 1915, p. 622.

² Vedi L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, p. 391 ss.

sviluppo economico senza precedenti, vedono un forte incremento di potere contrattuale delle organizzazioni sindacali, che si traduce in un controllo, attuato mediante la contrattazione collettiva, sulle conseguenze negative per i lavoratori prodotte dai mutamenti dell'organizzazione del lavoro. Nel 1970, anni di lotte sindacali per l'affermazione dei diritti fondamentali dei lavoratori nei luoghi di lavoro portano all'approvazione della legge 20 maggio n. 300, nota come «Statuto dei diritti dei lavoratori». In un'ottica di valorizzazione della dignità del lavoratore e del ruolo fondamentale assunto dalla contrattazione, con l'art. 7 il potere disciplinare è stato rammodernato in senso democratico, spogliandolo dai caratteri che ne contrassegnavano l'esercizio come emanazione tipica della supremazia gerarchica dell'imprenditore: accertamento unilaterale dell'infrazione, immediatezza e definitività della sanzione. Il potere disciplinare viene assoggettato a limiti sostanziali e procedurali che lo separano dal potere organizzativo del datore di lavoro e lo riconducono ad una nozione rigorosa della responsabilità disciplinare come forma speciale di responsabilità contrattuale. Subordinazione e potere direttivo sono ammissibili nella misura di quanto sia effettivamente necessario e giustificato nella dinamica del rapporto, con la conseguenza che la maggior parte della dottrina esclude dal novero delle situazioni rilevanti ciò che si pone fuori dalla vicenda lavorativa, specialmente ciò che inerisce alla vita privata del lavoratore³. Conseguenza di questa visione è l'affermazione di «una sorta di *jus resistendae*» che spetta al dipendente di fronte a un'azione disciplinare del datore che travalichi i limiti funzionali sopraindicati.

1.1.2. Teorie istituzionalistiche e teorie contrattuali

Punto focale della questione è il fondamento del potere disciplinare. La presunta anomalia del potere in questione consiste nel fatto che riconoscere ad una parte il potere di giudicare un'altra parte e irrogarle una sanzione parrebbe in contrasto con la posizione paritaria che in astratto spetta alle parti di un contratto, quale è quello lavorativo.

Riguardo ciò, la dottrina italiana ha impostato il problema principalmente da due punti di vista.

Una prima prospettiva, c.d. istituzionalistica, sgancia il potere disciplinare dalla sua determinazione contrattuale e lo riconduce ad una «signoria che si manifesta in

³ G. PERA, *Lezioni di diritto del lavoro*, Il Foro italiano, 1974, p. 421. L'autore afferma con estrema chiarezza che «non è ammissibile una signoria da persona a persona» e che «il datore di lavoro può comandare e il lavoratore deve obbedire solo per quanto è strettamente necessario e giustificato nella dinamica del rapporto».

comportamenti estranei alla logica dell'attuazione di un programma negoziale condiviso», basandosi sull'assimilazione dell'azienda ad una istituzione, avvicinando così il potere disciplinare ad un potere pubblico⁴.

Una seconda prospettiva, c.d. contrattualistica, attribuisce al contratto di lavoro la capacità di organizzare la prestazione lavorativa, sull'assunto del riconoscimento al datore dell'interesse al coordinamento dell'attività dei propri dipendenti; in quest'ottica, viene riconosciuto fondamento contrattuale sia al potere disciplinare sia a quello di direzione e controllo⁵.

Più precisamente, la teoria istituzionalistica rinviene nella stessa struttura aziendale e nell'inserimento in essa del lavoratore il presupposto di esercizio del potere, minimizzando, quindi, il ruolo della previsione dell'art. 2106 c.c., che riconduce la sanzione disciplinare alla violazione degli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà, enunciati nei due articoli precedenti. Il ruolo centrale attribuito all'impresa-istituzione, unito ad una certa lettura dell'art. 2086 c.c., costituisce la base della teoria anticontrattualista del rapporto di lavoro. Gli autori che la sostengono, basandosi sul dato letterale, sono indotti a distinguere tra obblighi contrattuali (obbligo di diligenza, di obbedienza e fedeltà), derivanti cioè dal contratto, e il c.d. dovere di disciplina, qualificabile come dovere istituzionale che deriva dal potere direttivo dell'imprenditore di stabilire, attraverso il regolamento, le regole che l'azienda intende seguire. In quest'ottica, le esigenze dell'istituzione nelle quali troverebbe fondamento il potere disciplinare non sono contrapposte, bensì complementari agli obblighi contrattuali, al fine di «consentire il funzionamento della causa del contratto di lavoro, cioè permettere alle parti del rapporto un'effettiva utilità dello scambio delle prestazioni»⁶. In continuità con quanto detto, questa dottrina distingue tra illecito disciplinare, collegato all'inosservanza della disciplina del lavoro *ex art. 2104, 2° comma*, ed illecito contrattuale, riconducibile alla violazione di obblighi contrattuali riferibili all'inadempimento della prestazione lavorativa.

La dottrina maggioritaria, infine, ha progressivamente sposato la teoria contrattualistica, riconoscendo al contratto il compito di realizzare l'organizzazione del lavoro, attribuendogli il ruolo di strumento tecnico indispensabile all'impresa.

⁴ V. FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Utet, 2012, p. 5.

⁵ V. FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Utet, 2012, p. 5.

⁶ Vedi S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, 2002, p. 14.

La concezione di un potere disciplinare inteso come potere di supremazia, espressione di una autorità derivata esclusivamente dalla posizione di forza che il datore assume in quanto proprietario di mezzi di produzione e capitale, fa dubitare autorevole dottrina della sua riconducibilità al contratto di lavoro subordinato. Questa posizione comporta, in primo luogo, l'esclusione dell'origine contrattuale di un potere che, così inteso, risulta inconciliabile col principio di parità delle parti contrattuali; e, in secondo luogo, la considerazione del potere stesso come «espressione esclusiva dell'ordinamento giuridico aziendale»⁷. La derivazione non contrattuale del potere in questione lo renderebbe un potere di fatto, legittimato da quella superiorità che la posizione istituzionalistica riconosce alla figura del datore di lavoro proprietario di una azienda-istituzione. Uno dei grandi limiti di questa teoria è sicuramente la sua inidoneità a spiegare il fondamento del potere disciplinare nei casi in cui il rapporto di lavoro non inerisca all'impresa. Si prenda ad esempio il lavoro domestico, in cui o è stata negata l'esistenza di un potere disciplinare o lo si è assimilato per convenienza ad un lavoro familiare⁸.

Dunque, l'accusa mossa alla teoria istituzionalistica è essenzialmente che il potere disciplinare inteso come potere di supremazia contraddirebbe al principio della parità delle parti, presupposto di ogni contratto. Dal punto di vista formale, però, la subordinazione (art. 2094 c.c.), cioè l'obbligazione di lavorare alle dipendenze e sotto la direzione altrui, è essa stessa elemento caratterizzante e peculiare del rapporto di lavoro, e pone il lavoratore in una posizione speciale. Dal punto di vista sostanziale, inoltre, è innegabile che il contratto di lavoro è un contratto stipulato da soggetti che, per definizione, si trovano in posizioni differenziate. La rappresentazione che Karl Marx ha fatto del datore di lavoro come di colui che detiene i mezzi di produzione ed il capitale necessario all'esercizio d'impresa non è solo un'evidenza storica, ma anche un'evidenza attuale. Il lavoratore si trova realmente in una posizione di inferiorità economica e di necessità di trarre dalla propria forza lavoro sostentamento per sé e la propria famiglia. Ed è proprio questa posizione differenziata,

⁷ M. PERSIANI, *Preliminari al potere disciplinare*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione, Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. MARTONE, Cedam, 2012, p. 779.

⁸ M. PERSIANI, *Preliminari al potere disciplinare*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione, Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. MARTONE, Cedam, 2012, nota 48.

riassunta nel concetto di subordinazione, che rappresenta una delle caratteristiche peculiari del diritto del lavoro.

Questo non si conclude necessariamente nell'accettazione della vecchia tesi di un potere disciplinare imposto dai fatti e che quindi prescinde dalla libera accettazione del lavoratore, ma può essere altresì sintetizzato in una diversa concezione, una concezione che ammetta la struttura capitalistica della produzione e, di conseguenza, predisponga un complesso di norme recanti condizioni e limiti all'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro, configurando queste norme, in primis, una tutela del lavoratore⁹.

M. Persiani ha rilevato come la presunta dissonanza tra potere disciplinare e principio di parità delle parti sia spiegata dal fatto che il potere direttivo, inteso come potere organizzatorio generale, si manifesti non solo attraverso direttive specifiche volte ad indirizzare la singola prestazione, ma anche nella predisposizione di regole generali che rendano agibile e funzionale l'organizzazione stessa¹⁰. Ed è proprio l'esistenza di una sfera più alta di interessi a legittimare una potestà punitiva, che non può però essere paragonata a quella dello stato (come voleva l'impostazione istituzionalistica), in quanto dal «contratto di lavoro può derivare solo una situazione di supremazia privata, che ha ragione di esistere nei limiti in cui il legislatore la ritiene compatibile ed ammissibile, per la tutela dell'imprenditore alla conservazione e alla protezione dell'organizzazione e della disciplina del lavoro»¹¹. In questo modo il provvedimento sanzionatorio assume una funzione intimidatoria della comunità lavorativa, in quanto salvaguarda l'organizzazione del lavoro, anche in vista di futuri inadempimenti.

⁹ M. PERSIANI, *Preliminari al potere disciplinare*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione, Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. MARTONE, Cedam, 2012, p. 779 ss.

¹⁰ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Il potere disciplinare*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Utet, 1991, n. 9, p. 10 ss.: «Il potere esprime al capacità del soggetto imprenditore di governare ed amministrare una pluralità di relazioni giuridiche e non un singolo rapporto, con regole unitarie, indirizzi parimenti comuni e generali, allo scopo di realizzare la migliore combinazione possibile, in senso efficientistico, dei fattori materiali, immateriali ed umani, quella "sintesi" che trasforma l'azienda in una attività organizzata, cioè l'impresa».

¹¹ L. SPAGNUOLO VIGORITA, G. FERRARO, *Sanzioni disciplinari*, in *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, *Sub art. 7*, Giuffrè, 1975, I, p. 159.

Il problema che si pone è quello di identificare i confini della posizione debitoria del lavoratore subordinato o con il semplice obbligo di prestazione lavorativa¹² oppure con il più ampio obbligo di collaborazione¹³.

Alcuna dottrina ha letto il richiamo dell'art. 2106 agli artt. 2104 e 2105 c.c. e l'eliminazione dalla norma codicistica del riferimento all'«azienda» (presente nella dichiarazione XIX della Carta del lavoro) in modo tale da ricollegare il dovere di ubbidienza, di cui all'art. 2104, 2° comma, ad un interesse organizzativo del datore di lavoro e a trasferirlo alla sua posizione contrattuale. Si delinea, quindi, un sistema nel quale non è rilevante solo l'inadempimento della prestazione lavorativa, ma anche la violazione di regole a contenuto più generale, riguardanti in primo luogo l'organizzazione e la disciplina del lavoro. Considerando il potere disciplinare come un momento successivo di un più ampio potere quale è quello direttivo¹⁴, questa dottrina ritiene l'interesse creditorio del datore non limitato alla semplice esecuzione della prestazione lavorativa, bensì esteso ad un interesse più ampio al coordinamento e all'organizzazione della stessa, a presidio del quale è riconosciuto il potere di reagire attraverso gli strumenti disciplinari¹⁵. Il singolo contratto garantisce, infatti, una prestazione lavorativa che comporta un risultato minimale se esso non viene coordinato all'interno di una organizzazione efficiente, nella quale rientrino tutte le prestazioni derivanti dagli altri contratti stipulati. La causa giuridica del potere disciplinare appare, quindi, strettamente legata all'organizzazione del lavoro e all'inosservanza delle norme che sono poste dal datore al fine di una migliore efficienza e funzionalità; ed è proprio questo aspetto che lega inscindibilmente potere disciplinare e potere direttivo. Se il potere è innegabilmente contrattuale, avendo fonte e giustificazione nel contratto, i fini e gli scopi che l'esercizio di questo potere intende soddisfare stanno fuori dal singolo contratto individuale.

Partendo da questa considerazione una certa dottrina osserva che l'inadempimento del lavoratore rileva come possibile lesione dell'ordine costituito all'interno dell'impresa,

¹² G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 43 ss.

¹³ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1963.

¹⁴ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1963, p. 149. In giurisprudenza Cass. 12 novembre 1977, n.4910, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 458: il potere disciplinare del datore di lavoro è «funzionale rispetto al potere direttivo e di controllo che al medesimo compete in ordine all'adempimento delle obbligazioni contrattualmente assunte dal lavoratore e, quindi, strettamente correlato alle responsabilità imposte all'impresa dalla moderna organizzazione del lavoro».

¹⁵ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Il potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Utet, 1991, n.9,

andando a toccare il «più ampio interesse organizzativo aziendale»¹⁶. L'Autore afferma che non si potrà mai giustificare integralmente il potere di supremazia in termini contrattuali, in quanto, pur riconoscendosi il fondamento contrattuale del potere, l'interesse organizzativo affiora in maniera parziale sul piano dei contratti individuali. Ci sarà sempre uno scarto tra l'organizzazione di lavoro che il datore realizza col singolo contratto e l'organizzazione aziendale complessivamente intesa che l'imprenditore realizza tramite la pluralità di contratti individuali¹⁷. Questa tesi si basa sull'osservazione che negli artt. 2094 ss. c.c., confluiscono due anime diverse tra loro confliggenti: una, di impostazione fondamentalmente civilistica, che identifica il dovere di prestazione del lavoratore subordinato col semplice dovere di esecuzione dell'attività lavorativa e al più con un dovere di collaborazione ad un risultato organizzativo, limitatamente all'apporto della specifica prestazione lavorativa; l'altra, di ispirazione commercialistica, che mira a far coincidere il lavoro subordinato col lavoro prestato nell'impresa, fino a far coincidere l'area debitoria del prestatore di lavoro con un dovere di collaborazione inteso in senso ampio e identificabile con la stessa organizzazione aziendale. Proprio perché la norma codicistica è estremamente elusiva, G. Vardaro sostiene che la teoria istituzionale si è estrinsecata in una sorta di istituzionalismo presentato in veste contrattuale, recuperando il concetto di scissione tra contratto e rapporto di lavoro ripreso dalla dottrina tedesca. Nella formulazione italiana, la riconducibilità del potere disciplinare all'assetto degli interessi realizzati contrattualmente è esclusa non solo rispetto al momento dell'esercizio del potere stesso, ma anche al momento previsionale. La posizione istituzionalistica "contrattualizzata" è stata in qualche modo temperata dall'esclusione che «il dovere di prestare l'attività dedotta in obbligo possa essere inteso come dovere di collaborazione, caratterizzata da obbedienza e disciplina», finendo per affermare l'irriducibilità delle pene private irrogabili ai rimedi civili di risarcimento e risoluzione e anche l'irriducibilità della responsabilità disciplinare nell'ambito di quella civile, data l'estraneità degli obblighi di diligenza e fedeltà alla posizione debitoria del prestatore di lavoro che deriva dal contratto. Chi, invece, muovendo dalla premessa che il coordinamento del comportamento dovuto dal lavoratore, realizzato col potere direttivo, corrisponde al risultato atteso dal datore di lavoro, ha ritenuto di poter trarre da ciò il collegamento del potere

¹⁶ G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, Franco Angeli ed., 1986, p. 18 ss.

¹⁷ G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, Franco Angeli ed., 1986, p. 11 ss.

disciplinare alla posizione contrattuale del datore di lavoro e, inoltre, che la violazione delle disposizioni impartite dal datore rappresenta *sempre* inadempimento dell'obbligazione di lavorare, perché impedisce la produzione del risultato atteso, che finisce per essere identificato non più con l'organizzazione e il coordinamento della specifica prestazione lavorativa, ma con la più complessa organizzazione aziendale.

1.1.3. Responsabilità disciplinare e responsabilità per inadempimento

La dottrina è pressoché unanime nel riconoscere che la responsabilità disciplinare, pur rappresentando un capitolo della responsabilità per inadempimento, non toglie spazio ai rimedi classici previsti per quest'ultima, in particolar modo quelli risarcitori. Mentre la responsabilità civile è volta principalmente a rispondere al mancato adempimento di una prestazione, quella disciplinare intende salvaguardare una determinata organizzazione del lavoro subordinato, con l'intento di prevenire anche possibili inadempimenti futuri, con la conseguenza che le due forme di responsabilità sono cumulabili tra loro.

Vi sono anche fattispecie nelle quali il potere disciplinare è utilizzato come rimedio ad un inadempimento rispetto al quale la sanzione risarcitoria può essere inutile o impraticabile, e comunque come risposta ad un'esigenza diversa rispetto a quella del ristoro del danno.

La normativa civilistica (art. 1455 c.c.) afferma il principio in base al quale il contratto non può essere risolto se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra. Una regola simile è stata enunciata anche dalla legge 15 luglio 1966 n. 604, che richiede un inadempimento notevole perché il licenziamento del lavoratore motivato da sua colpa sia giustificato. Di fronte ad un inadempimento di lieve entità, quindi, il datore di lavoro, secondo il diritto comune dei contratti, avrebbe come unica reazione l'azione risarcitoria. È, però, evidente che le peculiarità che contraddistinguono il contratto di lavoro e le specifiche esigenze organizzative del datore fanno sì che, di fronte all'inadempimento della prestazione lavorativa, il datore abbia un marcato interesse a reagire in primo luogo per prevenire il suo ripetersi in futuro. Questa finalità comporta, secondo alcuna dottrina, l'esperimento del potere disciplinare anche quando l'inadempimento attuale non abbia prodotto alcun danno (avendo originato solo una situazione di pericolo)¹⁸ o quando

¹⁸ Cass. 2 aprile 1987 n. 3199, in *Dir. e prat. lav.*, 1987, p. 2444: la violazione del precetto dell'art. 2104 c.c., che fa obbligo al lavoratore di osservare le disposizioni impartitegli dal datore di lavoro, può integrare gli estremi del notevole inadempimento degli obblighi contrattuali e quindi il giustificato motivo di licenziamento, ove consista

l'azione risarcitoria sia resa impraticabile dall'esiguità o non misurabilità del danno prodotto¹⁹.

In dottrina, vi è anche chi²⁰ ha tentato di ricondurre pienamente la responsabilità disciplinare al sistema del diritto dei contratti. La tesi si basa sulla dimostrazione di una qualche omogeneità del potere disciplinare rispetto ai rimedi ordinari di diritto civile. L'argomento centrale in base al quale la responsabilità disciplinare andrebbe a coprire spazi più ampi di quella contrattuale per inadempimento è quello che ai fini della prima rilevarebbero anche inadempimenti non dotati del requisito della non scarsa importanza *ex art.* 1455 c.c. Bisogna rilevare, però, che l'art. 1455 riguarda gli inadempimenti che rilevano al fine della risoluzione del contratto, ma è pacifico che il lavoratore che non esegue la prestazione è sottoponibile alla richiesta di risarcimento del danno *ex art.* 1218. L'art. 2106 si concentra, invece, su comportamenti ulteriori rispetto a quelli che comportano la risoluzione del contratto, senza peraltro allargare i confini della responsabilità disciplinare, cioè le prestazioni dedotte nel contratto di lavoro, nell'organizzazione predisposta e diretta dal datore di lavoro²¹. Si tratta di due binari paralleli: da un lato, in caso di inadempimento, l'art. 1453 c.c. fa salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno *ex art.* 1218 c.c., mentre l'art. 1455 c.c. regola la risoluzione del contratto in presenza di un inadempimento di una certa gravità in relazione all'interesse del datore; dall'altro, in ambito disciplinare, l'art. 2106 assicura che le sanzioni operino in una logica conservativa del rapporto di lavoro allo scopo di mantenerne la funzionalità, mentre sul piano obbligatorio il lavoratore resta esposto alla responsabilità *ex art.* 1218 c.c. In conclusione, secondo questa ricostruzione, la possibile convivenza tra responsabilità disciplinare, con l'apparato sanzionatorio predisposto in sede di contrattazione collettiva, e responsabilità per inadempimento presidiata dal rimedio risarcitorio non determina una deviazione dai principi generali del contratto né un aggravamento della posizione del debitore. A sostegno di questa tesi, inoltre, riguardo specificamente alle sanzioni, l'Autore pone l'accento su come quelle più tenui – rimprovero verbale o scritto –

in ripetute manifestazioni di insubordinazione e di inosservanza delle regole di correttezza nei rapporti all'interno dell'azienda e con i superiori, ancorché non accompagnati da comportamento oltraggioso, essendo sufficiente che mostrino la pervicace disobbedienza e rifiuto verso l'uso legittimo di poteri di controllo e disciplinare del datore di lavoro.

¹⁹ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, 2003, p. 334 ss.

²⁰ Vedi S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, 2002, p. 27 ss.

²¹ Vedi S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, *sub art.* 2106 c.c., Giuffrè, 2002, p. 27 ss.

corrispondano alla funzione assoluta dalla diffida ad adempiere *ex art.1454 c.c.* Come avviene nella diffida, anche sul piano disciplinare, il protrarsi dell'inadempimento può sfociare nella risoluzione del rapporto, secondo il principio di proporzionalità.

Come detto sopra, responsabilità disciplinare e responsabilità risarcitoria sono cumulabili tra loro. In questa direzione, confermata ora esplicitamente per il pubblico impiego dall'art. 55, 1° e 2° comma²² del d.lgs. n. 165/2001, sono da sempre orientate dottrina e giurisprudenza. A tal proposito, autorevole in materia è la sentenza della Corte di Cassazione 20 luglio 1966, n. 1964: «La violazione dell'obbligo di diligenza, specificatamente imposto al lavoratore subordinato dall'art. 2104 del c.c., importa, indipendentemente da eventuali sanzioni disciplinari, l'obbligo del medesimo al risarcimento del danno, che dalla sua condotta negligente o imprudente sia derivato al datore di lavoro, giacché il principio secondo cui quest'ultimo, in quanto trae vantaggio dall'attività svolta in suo favore dal prestatore di lavoro, deve subire i rischi e le conseguenze sfavorevoli, vale nei confronti dei terzi danneggiati ma non nei rapporti fra le parti»²³.

Non è sostenibile, quindi, la tesi proposta da quella dottrina che non riconduce il potere disciplinare al contratto di lavoro e che perciò rinviene una distinzione tra responsabilità per inadempimento e responsabilità disciplinare, a seconda che l'azione o l'omissione riguardi gli obblighi contrattuali ovvero attenga all'organizzazione del lavoro²⁴. La tesi è stata sostenuta dall'argomento testuale dell'art. 2104 c.c. che, mentre al 1° comma fa riferimento all'obbligo di diligenza nell'espletamento della prestazione lavorativa, al 2° comma prevede l'ulteriore obbligo del lavoratore di osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro che gli vengono impartite dall'imprenditore o dai suoi collaboratori. Ulteriore dato a conferma

²² «1. Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55 *octies*, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, 2° comma, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, 2° comma».

2. Ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro di cui al comma 1 si applica l'articolo 2106 del codice civile. Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi. La pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle predette infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro».

²³ Più di recente, la Cassazione (sentenza 16 maggio 2000, n. 6356, in *Notiz. giurispr. lav.*, 1996, p. 561) ha confermato che la violazione del dovere di eseguire la prestazione lavorativa nell'osservanza delle regole di correttezza e di diligenza costituisce un illecito aquiliano, in conseguenza del quale il datore di lavoro può agire in giudizio chiedendo il risarcimento del danno.

²⁴ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 23 ss.

di quanto detto sarebbe la constatazione che il lavoratore può essere contemporaneamente assoggettato alla responsabilità civile e a quella disciplinare. Ma per alcuna dottrina²⁵ questa stessa osservazione ne tradisce la scarsa sensatezza, in quanto proprio se i due tipi di responsabilità sono cumulabili significa che il comportamento del lavoratore può dare luogo all'una e all'altra responsabilità contemporaneamente. Questa ricostruzione, in sostanza, confonde la diversa funzione della responsabilità civile e di quella disciplinare con la pretesa diversità dei comportamenti che possono dare luogo alle sanzioni civili e a quelle disciplinari.

Comunque, la distinzione operata da questa dottrina non ha avuto conseguenze pratiche dato che l'art. 2106 riconduce l'esercizio del potere disciplinare indifferentemente all'inosservanza degli artt. 2104 e 2105 c.c. Questa conclusione sembra condivisa anche dalla suprema corte di Cassazione che ripetutamente ha rilevato l'autonomia del controllo *ex artt.* 2086 e 2104 c.c., rispetto al fatto che questi comportamenti diano o meno luogo a fattispecie di rilevanza disciplinare²⁶, arrivando a stabilire che in caso di risarcimento danni proposto dal datore di lavoro nei confronti del proprio dipendente, fondato sulla violazione dell'obbligo di diligenza *ex art.* 2104, l'azione promossa non sarebbe condizionata dalla preventiva contestazione dell'addebito, secondo la procedura prevista dall'art. 7 St. lav²⁷. Un recente orientamento (Cass. 10 luglio 2009, n. 16196) ha ribadito l'orientamento prevalente in giurisprudenza, affermando che «le norme poste dagli artt. 2 (Guardie giurate) e 3 (Personale di vigilanza) della legge 20 maggio 1970 n. 300, a tutela della libertà e dignità del lavoratore, delimitano la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda (rispettivamente con poteri di

²⁵ Cfr. M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.

²⁶ Cass. 20 settembre 1991, n. 9809, in *Foro it. mass.*, 1991: «Il potere dell'imprenditore di controllare, ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., l'adempimento delle prestazioni cui sono tenuti i dipendenti, può essere esercitato indipendentemente dalla sussistenza di fatti di rilevanza disciplinare», ammettendo la liceità del licenziamento nel caso in cui le mancanze siano rilevate in occasione di un controllo ispettivo disposto per ragioni diverse, dovendo poi fare riferimento a quella ispezione per la valutazione della immediatezza della contestazione. Una recente sentenza, Cass. 4 dicembre 2014, n. 25674, in *Diritto e giustizia*, 2014, p. 98, ha ribadito l'orientamento ormai consolidato, ritenendo lecito l'impiego di investigatori privati per documentare eventuali sottrazioni di cassa da parte dei dipendenti. Una sentenza, sempre della Corte di Cassazione, del 26 novembre 2014, n. 25162, in *De Jure*, ha riconosciuto la legittimità del licenziamento per giusta causa ad un lavoratore il quale, in malattia per dichiarata lombosciatalgia acuta, aveva compiuto azioni incompatibili con la denunciata infermità; secondo la Suprema Corte il datore di lavoro è legittimato ad ingaggiare investigatori privati allo scopo di far pedinare il dipendente che sfrutta la malattia per assentarsi. Ancora, la corte di Appello di Milano, con sentenza del 26 marzo 2014, n. 1784, ha riconosciuto al datore di lavoro la facoltà di ricorrere ad agenzie investigative in ragione del sospetto o della *mera ipotesi* che il lavoratore stia non correttamente fruendo di permessi *ex l.* 104/92 o di congedo straordinario.

²⁷ Cass. 12 gennaio 2009, n. 394, in *Lavoro e giur.*, 2009, p. 478, con nota di G. GIRARDI.

polizia giudiziaria e di controllo della prestazione lavorativa) ma non escludono il potere dell'imprenditore ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica o anche attraverso personale esterno – costituito in ipotesi da dipendenti di una agenzia investigativa – l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può avvenire anche occultamente senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti né il divieto di cui all'art. 4 (Impianti audiovisivi)²⁸ della stessa legge n. 300 del 1970, riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza (Cass. 12 giugno 2002, n. 8388, in *Dir. giust.*, 2002, p. 76; Cass. 5 maggio 2000, n. 5629, in *Dir. giust.*, 2000, p. 1854; Cass. 17 ottobre 1998, n. 10313, in *Lav. prev. oggi*, 1999, p. 144).

Una ricostruzione, apparentemente antitetica, riconduce tutte le posizioni giuridiche primarie e secondarie alla fonte negoziale e afferma la coincidenza tra i doveri cui il lavoratore è tenuto in base al rapporto obbligatorio di lavoro e i doveri cui è tenuto in vista dell'ordinamento funzionale dell'impresa. Non si ha qui una distinzione concettuale ma si attribuisce alla responsabilità disciplinare il compito di perseguire inadempimenti di scarsa importanza, rilevanti sul piano disciplinare in quanto diretti a intaccare situazioni soggettive proprie della posizione subordinata del lavoratore del suo più ampio obbligo di collaborazione all'impresa. In questo caso, il lavoratore è tenuto a osservare le disposizioni relative alla

²⁸ L'art. 23 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 ha modificato profondamente la disciplina dei controlli datoriali, attraverso una riforma dell'art. 4 St. lav. Innanzitutto, non vi è più il divieto generale di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori; inoltre, è prevista la possibilità di impiegare impianti audiovisivi e altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori “*esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale*” previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali o autorizzazione della Direzione Territoriale del lavoro. Nel caso di imprese con unità produttive site in diverse province della stessa regione o in diverse regioni, è consentito stipulare gli accordi sindacali per l'installazione degli impianti audiovisivi e degli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dei lavoratori, anziché con le rappresentanze sindacali aziendali o le rappresentanze sindacali unitarie, con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e, in difetto di accordo, è previsto che l'autorizzazione ministeriale sia concessa dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Infine, punto fondamentale, è espressamente esclusa la necessità di accordo sindacale o autorizzazione ministeriale per gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa (pc, tablet, telefoni cellulari...), pur se dagli stessi derivi anche la possibilità di un controllo a distanza del lavoratore. Le informazioni e i dati raccolti tramite gli impianti audiovisivi (previamente autorizzati) e gli strumenti di lavoro (per cui non occorre autorizzazione) possono essere utilizzati per “*tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*” a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

disciplina in quanto esse nascerebbero sempre dal contratto e la reazione disciplinare sarebbe sempre una reazione ad un inadempimento.

In opposizione a queste visioni, se ne sviluppa una che mette in rilievo l'autonomia dalla sfera del diritto comune della responsabilità disciplinare, la quale, pur trovando fondamento nel contratto di lavoro, si mostra come più ampia rispetto a quella per inadempimento, finendo per assorbirla²⁹. La responsabilità disciplinare, secondo questa dottrina, è azionabile anche per comportamenti che non sono perseguibili attraverso il diritto comune dei contratti, perché costituenti mancanze trascurabili in tale ambito, ma assumendo rilevanza nella più vasta area organizzatoria. Se risolviamo la responsabilità disciplinare nell'alveo di quella per inadempimento, non si può non concordare con chi afferma che la responsabilità disciplinare sussiste anche per inadempimenti di scarsa importanza³⁰; da ciò consegue che vi è una valutazione più rigorosa dell'inadempimento del lavoratore subordinato³¹. L'Autore riconduce l'autonomia del potere disciplinare rispetto ai rimedi tipici all'autonomia della causa dello stesso. La sanzione, come già sostenuto da F. Canelutti, pone a carico dell'inadempiente «un sacrificio diverso da quello in cui consiste l'inadempimento», dal momento che «essa ha il solo scopo di castigare la disobbedienza». La concezione tipicamente etica della riprovazione per la mancanza di rispetto di una regola evoca un fenomeno che ha ben poco in comune con i rimedi previsti dal diritto dei contratti: la funzione è non solo retributiva, ma anche intimidatoria e preventiva. La sovrapposizione delle due sfere si risolve nella preminenza assorbente della responsabilità disciplinare, innanzitutto perché essa si affida a strumenti reperibili nella sfera dell'autotutela del datore e, in secondo luogo, proprio per quella duplicità di funzione che alla repressione e sanzione affianca la prevenzione.

In conclusione, è necessario definire brevemente entro quali limiti possa configurarsi la responsabilità risarcitoria, rimandando ad un successivo paragrafo per una trattazione organica.

²⁹ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, p. 111 ss.

³⁰ Cfr. M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.

³¹ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Il potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Utet, 1991, n. 9, p. 24: «Il prestatore di lavoro appare, in definitiva, l'unico debitore che risponde anche per *culpa levis*, estendendosi l'ombrello della responsabilità disciplinare a coprire un'area più vasta di quella interessata dalla responsabilità per inadempimento, per la particolare funzione di "sostegno" e di protezione dell'organizzazione del lavoro, della disciplina e del substrato aziendale, che deve essere assicurata dal potere».

Innanzitutto, il fatto che in caso inosservanza dell'obbligo di diligenza il lavoratore incorra sia in responsabilità disciplinare che risarcitoria ha portato ad escludere un rapporto di esclusività, precisando che «l'esercizio del potere disciplinare, non perseguendo finalità risarcitorie, non preclude il diritto del datore di chiedere il risarcimento dei danni determinati dal comportamento inadempiente del lavoratore»³². Inoltre, «per la configurabilità della responsabilità risarcitoria, deve sussistere una inadempienza, come nel caso di violazione dell'obbligo di diligenza richiesto dalla natura della prestazione dovuta ai sensi dell'art. 2104 c.c., attraverso una condotta negligente o imperita, imputabile a titolo di colpa, da cui sia derivato un danno al datore»³³, anche lieve».

La possibile coesistenza tra i due tipi di responsabilità comporta, nel caso di inadempimento conseguente alla violazione dell'obbligo di diligenza e obbedienza, indipendentemente da eventuali sanzioni disciplinari, l'obbligo del risarcimento del danno che sia derivato al datore della condanna negligente o imprudente; così come la responsabilità disciplinare sussiste anche quando nessun danno si sia prodotto³⁴. Il fatto che l'esercizio del potere disciplinare non persegua finalità risarcitorie è alla base del ragionamento che porta alcuna dottrina a ritenere che alla sanzione disciplinare non possa essere riconosciuta finalità risarcitoria³⁵. Finalità delle sanzioni disciplinari non è quella di risarcire il danno e, infatti, alcune di esse, come la censura orale o scritta, non hanno neppure un contenuto economico; ma anche nell'ambito di quelle, come la multa, che hanno un contenuto economico non è detto che questo contenuto sia commisurato all'entità del danno. Inoltre, si deve sottolineare

³² Cass. 26 ottobre 1987, n. 7861, in *Notiziario giur. lav.*, 1988, p. 36. In maniera molto chiara anche Cass. 15 marzo 1977, n. 1037, in *Nuova giur. lav.*, 1978, p. 19: «L'inosservanza dei doveri di diligenza da parte del prestatore di opera comporta non solo l'applicazione di eventuali sanzioni disciplinari, ma anche l'obbligo di risarcimento del danno cagionato all'azienda per responsabilità contrattuale».

Più recentemente, Cass. 21 marzo 2002, n. 4083 in *Riv. it. dir. lav.*, 2003; Cass. 26 giugno 2000, n. 8702, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 292, con nota di G. CONTE, *Licenziamento disciplinare e obblighi risarcitori*: «la giurisprudenza è ormai convinta da tempo che la violazione degli obblighi di fedeltà e diligenza non esaurisca il potere (gerarchico) di reazione del datore di lavoro con l'applicazione delle sanzioni disciplinari, ma coesista, sul piano contrattuale, con la pretesa risarcitoria, quale conseguenza dell'inadempimento». In dottrina, nel senso del cumulo vedi G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 23; L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, p. 111; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro ed organizzazione*, Cedam, 1966, p. 151.

³³ Cass. 8 marzo 2010, n. 5548, in *CED*; precedentemente, Cass. 26 ottobre 1987, n. 7861, in *Notiziario giur. lav.*, 1988, p. 36.

³⁴ Cass. 2 aprile 1987, n. 3199, in *Dir. e prat. lav.*, 1987, p. 2444: «La violazione del dovere di diligenza, che, in relazione alla natura della prestazione nonché all'espletamento dei compiti ad essa accessori, è imposto al lavoratore subordinato dall'art. 2104 c.c., comporta l'obbligo del medesimo lavoratore di risarcire, a titolo di responsabilità contrattuale, il danno che dalla sua condotta negligente o imprudente sia derivato al datore di lavoro».

³⁵ A. FONTANA, *Voce Sanzioni disciplinari*, in *Enc. Dir.*, XLI, Giuffrè, 1986, p. 331.

come chi ne beneficia non è il danneggiato poiché il relativo importo viene devoluto a casse o istituzioni aziendali di natura assistenziale o previdenziale, così come generalmente indicato nei contratti collettivi³⁶.

Possiamo, dunque, convintamente affermare che la sanzione disciplinare assolve ad una funzione innanzitutto sanzionatoria ed afflittiva nei confronti dell'inadempimento ma anche intimidatoria e preventiva a garanzia della disciplina e dell'organizzazione, sia nei confronti del singolo lavoratore inadempiente sia della generalità dei lavoratori³⁷.

1.1.4. Conclusioni

Si è dato brevemente conto delle divergenti posizioni istituzionalistiche e contrattualistiche, avendo rilevato come la dottrina maggioritaria, soprattutto dagli anni '60 in avanti, abbia sposato la posizione della natura contrattuale del potere disciplinare. Si è, inoltre, affermato che al rapporto di lavoro inerisce un potere gerarchico del datore nei confronti del lavoratore e come esso sia espressione della peculiare caratteristica del rapporto stesso, cioè la subordinazione. Il riconoscimento in capo al datore di un potere direttivo e disciplinare è strettamente correlato alla sua funzione organizzatoria, in un'ottica di miglioramento dell'efficacia dell'attività lavorativa globalmente intesa; vedremo in seguito se questo controllo sia ristretto agli obblighi dedotti in contratto o se possa estendersi a vicende ulteriori che si pongono fuori dall'ambito lavorativo.

Questione delicata e da più parti dibattuta è, come abbiamo visto, la c.d. anomalia del potere disciplinare, che contraddice in maniera vistosa la logica paritaria del rapporto e delle posizioni contrattuali. È lo stesso codice civile, però, all'art. 2086 a presentare l'imprenditore come il capo dell'impresa, da cui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori, facendo affiorare la subordinazione come tratto peculiare del rapporto di lavoro, nel quale è insito un certo "squilibrio" delle parti contrattuali, tra le quali una, il datore di lavoro, si trova in una posizione necessariamente superiore all'altra. E se intendiamo il potere direttivo come potere organizzatorio generale, che si manifesta non solo attraverso direttive specifiche e contingenti

³⁶ A. FONTANA, Voce *Sanzioni disciplinari*, in *Enc. Dir.*, XLI, Giuffrè, 1986, nota 10: ad es. nel contratto collettivo nazionale di lavoro 31 marzo 1983 per i dipendenti dell'industria conciaria si legge: «L'importo delle multe, non costituenti risarcimento di danni, è devoluto alle istituzioni assistenziali e previdenziali di carattere aziendale, o, in mancanza di queste, alla Cassa mutua malattia».

³⁷ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, pp. 111 e 127.; A. FONTANA, *Sanzioni disciplinari*, in *Enc. Dir.*, XLI, Giuffrè, 1986, p. 331.

volte ad indirizzare la singola prestazione verso la produzione di un risultato parziale utile, ma anche nella predisposizione del c.d. substrato aziendale che rende funzionale l'organizzazione stessa, troviamo una ulteriore spiegazione dell'anomalia in questione. Ed è proprio questo collegamento con una sfera di interessi più ampi che stanno fuori dal contratto, ma che solo tramite questo possono essere soddisfatti, a spiegare il permanere di posizioni soggettive di vantaggio che si esplicitano nella previsione di comandi e sanzioni e che, a prima vista, appaiono poco compatibili con la parità e l'uguaglianza delle parti contrattuali.

1.2. Le infrazioni

1.2.1. L'elemento soggettivo

La dottrina maggioritaria è praticamente unanime nell'affermare, ai fini della configurabilità dell'illecito disciplinare, la necessità, al minimo, di un atteggiamento colposo del lavoratore³⁸, che si ha quando la violazione delle disposizioni impartite ai fini di un corretto adempimento degli obblighi contrattuali e dell'esecuzione della prestazione sia riferibile ad una volizione cosciente, anche se meramente imputabile a negligenza.

La colpa si configura come elemento imprescindibile, a differenza di altri elementi, quali ad esempio l'esistenza di un danno e la sua entità, che possono rilevare solo ai fini della graduazione della sanzione³⁹. La colpa, dunque, si pone come elemento costitutivo dell'imputabilità del fatto e da ciò consegue che solo la presenza del dolo e della colpa grave possono giustificare il ricorso alla sanzione massima non conservativa.

Un primo elemento a sostegno della necessaria rilevanza dell'elemento soggettivo è rinvenibile direttamente nell'art. 2106 c.c., ove si stabilisce che il lavoratore incorre in sanzioni disciplinari per infrazioni contraddistinte in ogni caso da gravità. M. Papaleoni,

³⁸ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 25; L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, p. 119; A. FONTANA, *Sanzioni disciplinari*, in Enc. Dir. XLI, Giuffrè, 1989 p. 330; R. DEL PUNTA, *Le sanzioni conservative*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.* n. 9, Utet, 1991, p. 101.

³⁹ Cfr. M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996, p. 80 ss., il quale rileva come gli elementi citati dovrebbero valere esclusivamente nel tipo di sanzione individuato *a monte* in rapporto alla gravità della infrazione, quali elementi atti a graduarne internamente lo spessore. L'A. fa riferimento ad un orientamento della giurisprudenza tendente in tal senso: Cass. 29 dicembre 1977, n. 5744: ha escluso in via di principio la rilevanza dell'entità del danno conseguente alla condotta relegandolo in posizione secondaria; inoltre, scarso seguito ha avuto anche il criterio dell'interesse del datore all'adempimento dell'obbligazione, il cui inadempimento abbia comportato l'irrogazione della sanzione, rilevando a questi fini la tassatività della tipologia elaborata dal codice disciplinare con riferimento alla predeterminazione della oggettiva gravità del fatto.

inoltre, sottolinea la rilevanza anche oggettiva della gravità, che si commisura all'entità del danno che il lavoratore inadempiente reca al datore di lavoro⁴⁰.

Un secondo elemento attiene, invece, alla struttura dell'art. 7 St. lav. che, nel prevedere prima dell'irrogazione della sanzione la necessaria contestazione dell'addebito al lavoratore e la fase della sua difesa, fa ritenere che la responsabilità del lavoratore sia personale e che, con la predisposizione di un «circuito para-processuale», si voglia dare spazio alla eventuale non imputabilità del fatto al lavoratore sotto il profilo soggettivo (dolo e colpa) e mettere in rilievo il grado di colpa ai fini del giudizio di proporzionalità tra infrazione e sanzione⁴¹.

La forte inerenza dell'elemento soggettivo alla definizione di illecito disciplinare è riscontrabile anche in molte clausole dei contratti collettivi, i quali individuano nella colpa, esplicitamente o implicitamente, un elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito e, soprattutto con maggiore riferimento «all'elemento del dolo, un criterio di distinzione delle infrazioni ovvero di graduazione riguardo all'intenzionalità del comportamento»⁴².

In senso contrario, una dottrina minoritaria ha sollevato dubbi sulla configurazione dell'elemento soggettivo quale elemento costitutivo della fattispecie disciplinare. Secondo la c.d. tesi oggettiva, la violazione delle regole *oggettive* di diligenza nell'esecuzione della prestazione «determina sempre una deviazione dallo standard di esecuzione della prestazione e quindi» per ciò stesso «un inadempimento ai fini disciplinari, a prescindere dalla colpevolezza come vizio della volontà»⁴³. Il debitore inadempiente *ex art.* 1218 c.c. è responsabile per il solo fatto *oggettivo* della mancata esecuzione della prestazione, a prescindere da una valutazione in termini di colpa del mancato adempimento. L'art. 1176 c.c., in questo contesto, assume rilevanza solo nel caso in cui, di fronte ad una impossibilità oggettiva ed assoluta della prestazione, si tratti di verificare che la causa che ha prodotto l'inadempimento non sia imputabile alla colpa del debitore. Ciò comporta che l'elemento soggettivo della colpevolezza assuma rilievo solo ai fini dell'accertamento della gravità dell'infrazione, ma non ai fini della qualificazione della fattispecie di inadempimento, con la

⁴⁰ M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996, p. 80 ss. L'elemento soggettivo, insieme alle circostanze aggravanti ed attenuanti, entrano in gioco nel momento in cui si va a valutare la proporzionalità della sanzione irrogata.

⁴¹ S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, sub art. 2106 c.c., Giuffrè, 2002, p. 137.

⁴² S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, sub art. 2106 c.c., Giuffrè, 2002, p. 138.

⁴³ S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, sub art. 2106 c.c., Giuffrè, 2002, p. 139.

conseguenza che la colpa disciplinare finisce col coincidere sostanzialmente con quella contrattuale.

La teoria sopramenzionata è facilmente smentita dall'evidenza che solo una volontaria deviazione dalle regole di esecuzione della prestazione può dare luogo a responsabilità disciplinare, restando non perseguibile sul piano disciplinare quel difetto di attività in mancanza di una sua possibile imputazione soggettiva. A sostegno di questa tesi, la dottrina sottolinea come la stessa casistica disciplinare predisposta nei contratti lasci presupporre che l'infrazione sia sanzionabile in quanto almeno «colpevole, nel senso di imputabilità ad un soggetto agente delle conseguenze giuridiche di un dato evento che, anche se non intenzionalmente e direttamente perseguito, egli avrebbe potuto evitare seguendo determinate regole di condotta o ponderando meglio la propria azione od omissione in relazione al tipo di attività svolta⁴⁴».

In conclusione, dopo l'analisi della teoria soggettiva e di quella oggettiva, merita un cenno una terza, la c.d. concezione eclettica, che ravvisa il fondamento della responsabilità nei due principi della colpa e del rischio. Questi fondano due sistemi autonomi, l'uno in funzione preventiva e punitiva, basato sull'illiceità, intesa come violazione di un comando o divieto, e l'altro finalizzato a ridistribuire il danno secondo criteri di economicità, facendo gravare su soggetto danneggiante i rischi della sua attività a prescindere da ogni giudizio di colpa⁴⁵.

1.2.2 L'elemento oggettivo

I comportamenti indicati nei contratti collettivi come incompatibili con i valori dell'impresa si sono modificati in maniera molto limitata nel corso degli anni, essendo quelli presenti nei contratti attuali sostanzialmente coincidenti con quelli elaborati nel periodo corporativo⁴⁶.

Una ricostruzione è quella proposta da F. Mazziotti, che articola le infrazioni disciplinari in: a) comportamenti rilevanti anche sotto il profilo penale; b) comportamenti in contrasto con il dovere di correttezza, posti in essere all'interno dell'azienda; c)

⁴⁴ S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, sub art. 2106 c.c., Giuffrè, 2002, p. 140 ss.

⁴⁵ P. TRIMARCHI, *Voce Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Giuffrè, 1970, p. 90 ss.

⁴⁶ R. DEL PUNTA, *Le sanzioni conservative*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 9, Utet, 1991, p. 93; M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996, p. 82.

comportamenti in contrasto con la diligenza preparatoria o con la correttezza, attuati fuori dall'azienda; d) comportamenti contrastanti con specifici obblighi contrattuali⁴⁷. La ricostruzione viene criticata da M. Papaleoni per la sua incompletezza, in quanto è ipotizzabile l'esistenza di comportamenti rilevanti sotto una pluralità di profili considerati, inoltre si aggiunge la difficoltà della distinzione tra infrazioni commesse all'interno o all'esterno dell'azienda.

Secondo un'altra proposta, avanzata da E. D'Avossa, le infrazioni sono state raggruppate secondo criteri parzialmente diversi: a) quelle attinenti alle modalità di espletamento della prestazione (inerenti alla sua mancata esecuzione, come ad es. l'assenza ingiustificata, il rifiuto di eseguire le mansioni di competenza, il ritardo nell'inizio del lavoro) oppure inerenti alle modalità di svolgimento della stessa (es. la ripetuta ubriachezza, il contegno inurbano o scorretto verso la clientela, il danneggiamento per negligenza di beni aziendali); b) quelle attinenti all'osservanza delle disposizioni aziendali concernenti l'organizzazione del lavoro (il divieto di fumare, l'inosservanza delle prescrizioni in materia di malattia, il diverbio litigioso, la rissa, l'insubordinazione, l'eccesso di autorità nella relazione con i colleghi, il rifiuto di assoggettamento alle visite personali); c) quelle riguardanti la violazione del dovere di fedeltà, integranti gli estremi dell'abuso di fiducia (es. la violazione del segreto d'ufficio, lo svolgimento di attività concorrenziale, l'esecuzione durante l'orario di lavori per conto proprio o di terzi)⁴⁸.

La prospettiva è stata ulteriormente sviluppata da R. Del Punta in un'ottica di stretta relazione tra le norme dei contratti collettivi e quelle degli artt. 2104 e 2105 c.c.

Un primo gruppo di illeciti disciplinari consiste nei veri e propri inadempimenti della prestazione lavorativa in senso stretto, in quanto integranti gli estremi della violazione dell'obbligo di diligenza richiesto dalla natura della prestazione dovuta (art. 2104, 1° comma c.c.). nell'ambito di questa casistica rientrano, a titolo esemplificativo e secondo la tipizzazione della maggior parte dei contratti di categoria, l'assenza ingiustificata⁴⁹ o

⁴⁷ Cfr. F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, Editoriale scientifica, 1984, p. 287 ss.

⁴⁸ Cfr. E. D'AVOSSA, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, Ipsoa, 1983, p. 94 ss.

⁴⁹ L'assenza ingiustificata integra una fattispecie di infrazione disciplinare per la generalità dei contratti collettivi, mutando il rilievo disciplinare solo in base al numero di giorni di assenza. Ad es. l'art. 92, c.c.n.l. Metalmeccanici del 1 maggio 2012 prevede il licenziamento per l'assenza ingiustificata superiore ai 5 giorni, mentre assenze di durata inferiore comportano la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per non più di 7 giorni (in caso di assenza non superiore ai 3 giorni) oppure fino a 10 giorni (in caso di assenza ingiustificata che si protragga dai 3 ai 5 giorni).

l'abbandono del posto di lavoro⁵⁰, il ritardo nell'inizio del lavoro⁵¹, la sospensione non autorizzata o la cessazione anticipata della prestazione⁵², il rifiuto della trasferta, il contegno scorretto verso la clientela⁵³, l'insufficiente rendimento⁵⁴, l'esecuzione lenta o negligente della prestazione, la negligenza nella cura dei locali o degli strumenti di lavoro affidati o di cui ha custodia, la mancata esecuzione del lavoro straordinario, festivo o notturno ove legittimamente richiesto dal datore di lavoro, il mancato rispetto della normativa in materia di ferie.

Un secondo gruppo di infrazioni, che l'Autore reputa rare e in un certo senso "minori", è stato ricollegato alle ipotesi di inosservanza degli obblighi di fedeltà previsti dall'art. 2105 c.c., tra cui è fatta rientrare l'esecuzione di piccoli lavori, per conto proprio o di terzi, entro lo stabilimento dell'azienda⁵⁵. In questi casi la violazione è spesso fonte di responsabilità disciplinare e di responsabilità risarcitoria, cumulabili ma anche tra loro indipendenti, in quanto la prima prescinde dal danno eventualmente arrecato al datore di lavoro e la seconda può essere attivata anche in assenza di sanzioni disciplinari e addirittura dopo la cessazione del rapporto.

Un terzo gruppo rappresenta una «vera zona critica», in cui rientrano quelle ipotesi in cui il potere disciplinare si pone direttamente a tutela del regolare ed ordinato funzionamento dell'organizzazione di lavoro, in conformità con la previsione dell'art. 2104, 2° comma c.c. Tale concetto, come si evince dalla esemplificazione delle sanzioni⁵⁶, è collegato ad una serie

⁵⁰ Ad es. art. 69, c.c.n.l. Industria alimentare 27 ottobre 2012; art. 92, c.c.n.l. Metalmeccanici 1 maggio 2012; art. 126, c.c.n.l. settore turismo e pubblici servizi 28 maggio 2014.

⁵¹ Per la maggior parte dei contratti, il ritardo è di solito suscettibile di punizione solo in caso di reiterazione.

⁵² Così ad es. l'art. 69, c.c.n.l. Alimenti industria 27 ottobre 2012. Ma per il settore pubblico T.A.R. Umbria 21 febbraio 1996, n. 64, secondo cui rientra nella consuetudine che il dipendente si allontani per prendere un caffè, rilevando al condotta sul piano disciplinare solo se il tempo di sospensione risulta troppo lungo o gli allontanamenti troppo frequenti.

⁵³ Ad es. art. 126, c.c.n.l. settore turismo e pubblici servizi 28 maggio 2014; art. 134, c.c.n.l. settore tessile 25 luglio 2014.

⁵⁴ Ad es. art. 126, c.c.n.l. settore turismo e pubblici servizi 28 maggio 2014.

⁵⁵ Ad es. art. 9, c.c.n.l. dipendenti industrie delle metalmeccaniche private e della installazione di impianti 15 ottobre 2009.

⁵⁶ Ad es. lieve insubordinazione verso i superiori; partecipazione a diverbio o ad alterco litigioso con i colleghi di lavoro; minacce, lesioni o ingiurie rivolte a superiori o colleghi; ubriachezza durante l'orario di lavoro; introduzione di bevande alcoliche nello stabilimento; l'addormentarsi durante l'orario di lavoro; deterioramento non grave, per disattenzione o negligenza, del materiale dello stabilimento o in lavorazione; violazione del divieto di fumare, se indicato con apposito cartello; falsificazione o alterazione di documenti; alterazione dei sistemi predisposti dall'azienda per accertare la presenza dei lavoratori e il rispetto dell'orario di lavoro; inosservanza delle norme antinfortunistiche e omessa informazione riguardo alle stesse nei confronti dei lavoratori cui si è preposti ed omessa vigilanza sulla loro osservanza; assenza dal domicilio nella fasce di

articolata e promiscua di interessi, che vanno dall'obbedienza al potere direttivo in senso stretto alla tutela della tranquillità del clima aziendale, dall'osservanza delle prescrizioni di sicurezza alla tutela del patrimonio aziendale.

È bene sottolineare che l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori ha inciso profondamente in materia. La portata di queste normative si è ampliata, passando da essere semplici esemplificazioni, non impeditive di impieghi ulteriori ed unilaterali del potere disciplinare, a fattispecie esclusive del valido esercizio del potere medesimo. L'art. 7 St. lav. è venuto ad interferire con l'art. 2104, 2° comma c.c. ovviamente non sopprimendo il dovere di obbedienza ivi previsto, ma imponendo quantomeno una tipizzazione preventiva delle principali disposizioni cui il lavoratore è tenuto ad obbedire. Peraltro, la crescente sofisticazione della casistica applicativa elaborata dalla contrattazione collettiva erode specularmente il margine di sindacabilità delle disposizioni del codice disciplinare. In realtà, il contrasto normativo risulta eventualmente solo apparente, in quanto gli artt. 2104 e 2105 c.c. specificano le coordinate generali entro le quali si collocano gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro e gli obiettivi cui deve mirare il potere disciplinare. L'obiettivo perseguito dall'art. 7, 1° comma, invece, è quello di predisporre un apparato garantistico, volto ad assicurare la trasparenza dell'esercizio di questo potere, regolando la composizione e la pubblicizzazione del codice disciplinare.

1.2.3. Il problema della diligenza tra teorie soggettivistiche e teorie oggettive

Il Codice civile all'art. 2104 c.c. stabilisce la necessità che la prestazione sia adempiuta dal lavoratore con diligenza. Il problema del *quantum* della diligenza è stato lungamente dibattuto in dottrina. La dicotomia che è possibile individuare è tra teorie soggettivistiche, che pongono al centro il comportamento del lavoratore nella valutazione della diligenza, e teorie oggettivistiche che invece si ripropongono di enucleare criteri oggettivi per la misurazione della stessa.

Capostipite della prima è L. Barassi, che applica il principio generale della diligenza del buon padre di famiglia espresso «nella regola della media diligenza del buon lavoratore», da qui la configurazione della obbligazione come dovere di diligenza; in conseguenza di ciò il lavoratore può liberarsi da responsabilità una volta provato di aver posto in essere quel grado

reperibilità o sottrazione al controllo fiscale per malattia; esplicazione di attività incompatibili con lo stato di malattia o di infortuni .

di sforzo e di applicazione che di norma vengono impiegati nell'adempimento⁵⁷. In una seconda fase, tornando sull'argomento, Barassi, pur senza abbandonare il criterio del buon padre di famiglia, tende a valorizzare una dimensione concreta della diligenza medesima, identificata in quella mostrata dal lavoratore durante il periodo di prova⁵⁸. Opinione questa rimasta sostanzialmente isolata.

A questa teoria si contrappone quella "oggettiva" propugnata da G. Osti, il quale rifiuta la regola della diligenza come fondamento e limite della responsabilità debitoria. Finché la prestazione è possibile il debitore è responsabile per il fatto stesso dell'inadempimento o dell'adempimento ritardato o inesatto e non può liberarsi da responsabilità affermando la propria mancanza di colpa; una eventuale valutazione della colpa, e quindi di parametri soggettivi, invece, viene in considerazione ai fini della responsabilità solo quando la prestazione è divenuta impossibile ed è necessario valutare se la causa di impossibilità sia imputabile al lavoratore medesimo⁵⁹.

In riferimento alla teoria oggettivistica di G. Osti, G. F. Mancini individua il punto nodale non tanto nel comportamento in sé, quanto nell'apporto di utilità per il creditore, «per cui è diligente il contegno produttivo di una utilità, vale a dire il contegno caratterizzato da alcune regole che, tra tutte le possibili attività, lo individuano come la specifica attività voluta dal creditore»⁶⁰. Tale teoria viene sfumata dallo stesso Autore che, nel richiamare i precetti di tecnica e di esperienza che sono connaturati al tipo di prestazione dovuta, identifica la diligenza con la perizia, in una nozione che sembra attenere al *come* viene svolta la prestazione e quindi ad un elemento soggettivo.

Sostenitore della teoria soggettivistica, sulle orme di L. Barassi, è C. Lega, il quale parte dall'assunto che l'obbligo di diligenza non abbia alcuna autonomia rispetto a quello di prestazione, dal momento che attiene esclusivamente al modo dell'adempimento. Si tratta di una concezione soggettiva, solo in parte temperata dal richiamo a regole di carattere tecnico e a condizioni ambientali, perché tutto poi confluisce in un unico concetto di diligenza in cui la volontà e la perizia si combinano nel quadro di una «operazione coscienziosa e di una adeguata preparazione e capacità»⁶¹. Gli elementi oggettivi che confluiscono in questo

⁵⁷ Cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, 1901.

⁵⁸ Cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, 2° ed., 1915.

⁵⁹ Cfr. G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1918.

⁶⁰ Cfr. G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957.

⁶¹ Cfr. C. LEGA, *La diligenza del lavoratore*, Giuffrè, 1963.

concetto si configurano più propriamente come strumenti di standardizzazione di comportamenti individuali, lasciando sostanzialmente prevalente la concezione soggettiva.

L'indirizzo giurisprudenziale prevalente si è estrinsecato nel solco della teoria soggettivistica, individuando il limite della responsabilità del lavoratore nella colpa, con la conseguente non imputabilità dell'inadempimento in sua assenza. In ambito giurisprudenziale, inoltre, la teoria soggettivistica pare particolarmente fondata se si pensa alla peculiarità dello strumento di risoluzione del contratto per inadempimento del lavoratore, cioè il licenziamento per giusta causa (giustificato motivo), e alla presenza di uno specifico potere sanzionatorio del datore di lavoro. In particolare, la concezione estensiva di giusta causa propugnata costantemente in giurisprudenza ha portato ad accentuare di molto il profilo soggettivistico dell'inadempimento, facendo in esso convogliare tutte le ipotesi di rilevanza della colpa in senso soggettivo.

1.2.4. L'obbligo di fedeltà

L'articolo 2105 c.c. pone un duplice divieto al lavoratore, vietandogli, in primo luogo, di trattare affari in concorrenza con il proprio datore di lavoro e, in secondo luogo, di divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa o di farne uso in modo da poter recare pregiudizio ad essa. L'articolo è stato al centro di un acceso dibattito dottrinale che ha posto il problema di stabilire se la disposizione in questione ponga sul lavoratore un dovere di fedeltà inteso in senso lato o se sul prestatore di lavoro gravino esclusivamente i doveri negativi in esso espressamente specificati.

Scartata una opinione assai risalente che si fonda sulla grande rilevanza attribuita al concetto di impresa come comunità⁶², si possono prendere in considerazione alcune teorie che propongono un concetto di fedeltà abbastanza ampio ma in un certo senso anche “moderno”.

⁶² Cfr. A. CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, in *Atti delle giornate di studio di Salsomaggiore (25-27 aprile 1969)*, Giuffrè, 1969, p. 129 ss. Per L'A. l'obbligo di fedeltà del lavoratore è perfettamente coerente con la funzione del contratto di lavoro in un'ottica sostanzialmente comunitaria, attraverso una particolare rilevanza attribuita all'interesse dell'impresa. Si tratta non tanto di un obbligo di fedeltà all'imprenditore, quanto piuttosto di un vero e proprio obbligo di fedeltà all'impresa, che è intesa come una comunità nella quale sia il lavoratore sia l'imprenditore devono collaborare, nell'ottica dell'interesse oggettivo dell'impresa stessa. La particolarità di questa ricostruzione si sostanzia nel fatto che la collaborazione non sarebbe pertanto addossata solo al lavoratore. Si sostanziano obblighi di fedeltà concorrenti. L'A., in questo modo, sembra prospettare un obbligo di fedeltà che pare ampliarsi a dismisura, salvo poi affermare che la delimitazione di questi obblighi è data dalla previsioni di legge e di quelli dettati dal contratto. In sostanza, questa ricostruzione dottrinaria compie un notevole sforzo quando cerca di evidenziare la rilevanza giuridica della comunità d'impresa, ma poi limita tale rilevanza ad alcuni aspetti marginali ai fini dell'interpretazione e applicazione della norma che comunque non riguardano la

Una più recente ricostruzione, operata di G. Trioni⁶³, condivide con la visione precedente il fatto di non ritenere incongruo il termine fedeltà per designare determinati obblighi del lavoratore, anche se la matrice non è nella natura comunitaria dell'impresa, ma si differenzia dalla stessa soprattutto per il fatto di ritenere i comportamenti vietati dall'art. 2105 c.c. come meramente esemplificativi della più generale fattispecie in cui si sostanzia l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. L'Autore, però, non si spinge fino a dare all'obbligo in questione un contenuto così ampio da comportare la doverosità di tutti i comportamenti giovevoli agli interessi di un determinato soggetto o anche soltanto l'illiceità di tutti quei comportamenti che possono cagionare ad esso un danno. Partendo da una analisi delle norme di diritto pubblico e di diritto privato, emerge una nozione di fedeltà, valida anche per la normativa giuslavoristica, intesa come divieto di abuso, implicito in ogni posizione caratterizzata dalla cura di interessi altrui di poteri giuridici o di fatto finalizzati all'interesse di uno dei contraenti. La concorrenza interna del lavoratore è inevitabilmente considerata un atto infedele alla stregua di una nozione di fedeltà che ravvisi nel suo nucleo essenziale l'astensione da ogni abuso di posizione ossia da quei comportamenti pregiudizievoli che sono qualificati dall'uso deviante dei mezzi messi a disposizione dalla stessa parte danneggiata». Da ciò deriva la ricerca di un concetto di fedeltà che vada «anche oltre i limiti, unilaterali ed intrinsecamente piuttosto modesti, che sono tracciati dall'art. 2105 c.c.»⁶⁴. L'obbligo di fedeltà viene correlato alla natura strettamente fiduciaria del rapporto di lavoro⁶⁵ e quindi si amplia anche oltre i limiti derivanti dal divieto di abuso di posizione dominante e viene fatto operare in sede di risoluzione del contratto attraverso la clausola della giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. e attraverso quell'idea di fiducia che costituisce il fulcro, essendo al tempo

posizione soggettiva del lavoratore. Perciò questa opinione è rimasta minoritaria in dottrina e giurisprudenzialmente ininfluenza.

⁶³ Cfr. G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1982.

⁶⁴ G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1982, p. 271.

⁶⁵ G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1982, p. 229 ss.: la scelta di un dipendente tende ad essere guidata da un «*intuitus personae*» fiduciario, venendo quindi ad assumere un ruolo centrale per l'assunzione e per l'instaurazione del rapporto di lavoro la fiducia suscitata nel datore di lavoro dalla persona del prestatore. L'A.

, inoltre, sottolinea come in dottrina sia stato trascurato l'aspetto contrario e cioè il carattere fiduciario che tale rapporto presenta anche per il prestatore di lavoro, in quanto la fiducia è elemento centrale ogniquale volta due sfere di interessi entrino in un contatto che può sfociare in una collisione e ogniquale volta dal comportamento di un soggetto dipenda il soddisfacimento dell'interesse di un altro soggetto. Perciò acquistano grande valore i pochi casi nei quali il venir meno della fiducia del lavoratore nei confronti del datore di lavoro è stato considerato giusta causa di dimissioni in tronco, a conferma della rilevanza bilaterale della fiducia (ad esempio, App. Milano 5 luglio 1963; App. Genova 16 ottobre 1961).

stesso il parametro della fedeltà⁶⁶. Trioni allarga la fattispecie fino a ricomprendere nei comportamenti infedeli tutti quelli riconducibili all'abuso di fiducia, ossia alla infedeltà concepita come comportamento che incrina la relazione interpersonale tra le parti, anche al di là delle fattispecie di infedeltà più tipiche e più gravi e perciò specificamente ed esplicitamente vietate⁶⁷. L'Autore considera queste condotte infedeli come condotte esplicitamente dolose e in contrasto con gli interessi dell'impresa e da ciò fa discendere la legittimità della sanzione massima del licenziamento. In conclusione, gli obblighi di non concorrenza e di riservatezza sarebbero meri esempi o tipizzazioni legislative di un più vasto obbligo di fedeltà il cui contenuto viene fatto coincidere con i comportamenti ritenuti rilevanti ai fini del recesso in tronco.

Questa ricostruzione si espone, però, ad una critica fin troppo ovvia e, a mio avviso, ineccepibile e cioè che il venir meno dell'obbligo di fedeltà in ogni caso in cui il lavoratore pone in essere un atto di concorrenza vietata o divulga notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione o ne faccia un uso pregiudizievole all'impresa legittimerebbe *sempre* il datore di lavoro al licenziamento in tronco e con ciò svuoterebbe completamente di senso le sanzioni conservative, in palese violazione con quanto disposto dall'art. 2106 c.c.⁶⁸.

Alle due costruzioni dottrinarie cui abbiamo fatto riferimento se ne affianca una terza⁶⁹, che considera la fedeltà, al pari della subordinazione, un elemento costitutivo della obbligazione di lavorare. Si riconosce l'esistenza dell'interesse del datore di lavoro non solo all'adempimento dell'obbligazione di lavorare ma anche a coordinare l'attività lavorativa del singolo lavoratore con quella degli altri. Non c'è un obbligo di fedeltà autonomo rispetto all'obbligazione di lavorare, ma questo al pari di altri sarebbe destinato a realizzare il risultato che ne costituisce l'oggetto, cioè la soddisfazione dell'interesse del datore di lavoro. Quindi il comportamento dovuto dal lavoratore prescinde dal contenuto dell'art. 2105 c.c. e si estende a ricomprendere attività che possono essere non specificate dall'esercizio del potere direttivo, ma che sono dovute avendo riguardo allo schema del contratto di lavoro ispirato alla buona fede contrattuale, che implica il soddisfacimento dell'interesse del creditore, in questo caso il datore di lavoro, che ha come interesse anche quello al coordinamento delle prestazioni

⁶⁶ G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1982, p. 271.

⁶⁷ G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1982, p. 259.

⁶⁸ M. G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, *sub art. 2105 c.c.*, Giuffrè, 2000, p. 31.

⁶⁹ Cfr. M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.

lavorative. L'obbligo di fedeltà è ampliato fino a ricomprendere fattispecie, definite tramite contrattazione collettiva, come l'obbligo del lavoratore di tenere un contegno rispondente ai doveri inerenti all'esplicazione delle mansioni affidategli o quello di dedicare un'attività assidua e diligente al disbrigo delle mansioni assegnategli, fattispecie che, però, a ben vedere, risultano più attinenti all'obbligo di diligenza *ex art. 2104 c.c.*

A queste correnti dottrinali che enfatizzano, seppur in maniera diversa, la fedeltà del lavoratore subordinato, se ne affiancano altre che inquadrano gli obblighi di non concorrenza e riservatezza nell'ambito del dovere di collaborazione del lavoratore esplicitamente menzionato all'art. 2094 c.c. Secondo un primo indirizzo, la collaborazione è intesa come fonte di obbligazioni ulteriori rispetto al mero obbligo di prestazione lavorativa alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore e richiederebbe la cooperazione in vista di un risultato che va oltre la semplice prestazione lavorativa. Il secondo indirizzo riconduce la collaborazione a sinonimo di subordinazione e la riduce a un parametro col quale si determina l'effettivo adempimento dell'obbligazione lavorativa, secondo il canone tradizionale della buona fede. Il primo indirizzo ricomprende l'obbligo di fedeltà nel dovere di collaborazione inteso come distinto dalla prestazione lavorativa e tuttavia tipico ed ineliminabile di chi si trova in posizione di subordinazione. Il secondo considera la collaborazione una qualifica della prestazione e non ritiene possibile ricondurre alla collaborazione obblighi diversi rispetto all'obbligazione fondamentale. Ovviamente, solo chi segue la prima opinione può ritenere che gli obblighi *ex art. 2105 c.c.* siano una tipizzazione legislativa della collaborazione cui sarebbe tenuto in ogni caso il lavoratore subordinato; mentre chi segue la seconda linea sottolinea che i doveri di non concorrenza e di riservatezza, operando nei rapporti esterni, si differenziano dalla collaborazione che riguarda la prestazione e opera nel rapporto diretto tra lavoratore e datore. Ed è proprio quest'ultima la posizione sposata dalla dottrina maggioritaria.

Su un versante opposto rispetto alle teorie sin qui considerate si colloca l'opinione che nega la possibilità di utilizzare il concetto di fedeltà per individuare la posizione debitoria del lavoratore, in quanto la fedeltà si lega all'idea di comunità ed è del tutto estranea ad un rapporto di scambio quale è il rapporto di lavoro⁷⁰. Conseguentemente, questa dottrina

⁷⁰ In contrapposizione con chi, invece, considera pienamente compatibile un obbligo di fedeltà dalle caratteristiche personalistiche e fiduciarie con la causa di scambio del rapporto di lavoro; si veda G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982.

qualifica gli obblighi di cui all'art. 2105 c.c. come obblighi accessori o comunque diversi rispetto alla prestazione di lavoro, inquadrandoli come doveri di protezione, che sarebbero una specificazione dei più generali doveri di buona fede e correttezza⁷¹. Se l'art. 2105 c.c. non li contemplasse, essi sarebbero agevolmente rinvenibili nell'art. 1175 c.c. oppure deducibili in via interpretativa dal principio di buona fede codificato all'art. 1375 c.c. Se consideriamo l'obbligo di fedeltà come una specificazione dei doveri di buona fede e correttezza è facile giungere ad una costruzione di una nozione ampia di fedeltà, che ricomprenda anche obbligazioni ulteriori rispetto a quelli previsti dall'articolo, ma ritenuti in qualche modo omogenei e in questa prospettiva si pone gran parte della giurisprudenza.

Ad un'espansione quasi incontrollata delle fattispecie costituenti violazione dell'obbligo di fedeltà giunge la giurisprudenza prevalente, la quale interpreta l'obbligo di fedeltà estensivamente, come un dovere di condotta tale da non pregiudicare l'affidamento posto dal datore di lavoro sul lavoratore, finendo per imporre al lavoratore di «astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c., ma anche da tutti quelli che, per loro natura e per le loro conseguenze, appaiono contrari ai doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creano situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa o sono idonei, comunque, a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto di lavoro»⁷². La giurisprudenza è giunta anche ad affermare che l'obbligo di fedeltà si sostanzia nel dovere del lavoratore di tenere un comportamento leale verso il datore di lavoro, affermando la doverosità di comportamenti positivi, peraltro del tutto generici, quali quello di tutelare in ogni modo gli interessi del datore di lavoro⁷³.

La strada costantemente percorsa dalla giurisprudenza sembra quella di giustificare una interpretazione ampia dell'art. 2105 c.c., anche attraverso un richiamo generico ai doveri di buona fede e correttezza. A titolo esemplificativo, sono state ritenute violazioni dell'obbligo

⁷¹ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 126 ss.

⁷² Ad esempio Cass. 19 aprile 2006, n. 9056, in *Riv. critica dir. lav.*, p. 920 ss., con nota di P. PERUCCO, *L'esercizio del dovere di cura contrario all'interesse economico del datore di lavoro non costituisce illecito disciplinare*; Cass. 5 dicembre 1990, n. 11657, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, p. 832 ss., con nota di G. PROIA, *Doveri preparatori della prestazione ed obbligo positivo di fedeltà*.

⁷³ Tra le tante, Cass. 18 agosto 2004, n. 16156, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 7; Cass. 16 gennaio 1988, n. 299, in *Foro it.*, 1990, I, p. 478, con nota di I. MARIMPIETRI, *La categoria giurisprudenziale della fedeltà aziendale*; Cass. 5 luglio 1995, n. 7427, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 423, con nota di M. MARIANI.

di fedeltà lo svolgimento di altre attività durante le assenze per malattia⁷⁴ o in determinate fattispecie la fruizione di congedi parentali⁷⁵ e tutti quei comportamenti attinenti alla vita extra-lavorativa del dipendente idonei a ledere il rapporto di fiducia⁷⁶.

Si è giustamente osservato come il procedimento interpretativo delineato in giurisprudenza sia specularmente antitetico a quello adottato in dottrina. Infatti, la prima «si avvale del contenuto elastico ed indeterminato delle clausole generali, al fine di collocare nello schema legislativo una serie di comportanti che ad esso non si adeguano per eccesso»; la dottrina, invece, si serve delle clausole generali per modificare in senso riduttivo il dovere di fedeltà del lavoratore «in funzione di salvaguardia della sfera giuridica altrui, la quale si esprime principalmente nella creazione di obblighi accessori di protezione»⁷⁷.

In conclusione, la giurisprudenza ha sempre considerato gli obblighi di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. come meramente esemplificativi di una gamma di comportamenti molto più vasta ed ampia tale da configurare una sorta di «totale abbandono di ogni riferimento concreto al diritto positivo», accordando la «preferenza a espressioni estremamente *generiche* come

⁷⁴ Cass. 29 luglio 1986, n. 4868, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, p. 127: «Fra i doveri (diversi dall'esecuzione della prestazione lavorativa) che il dipendente è tenuto ad osservare in forza del contratto, anche al di fuori dell'orario e del luogo di lavoro, vanno compresi quello di fedeltà (in senso ampio) all'impresa di cui all'art. 2105 c.c., nonché quello di correttezza ex art. 1175 c.c., doveri che, pertanto, vengono ad essere violati, allorché il dipendente medesimo venga a ledere l'interesse del datore di lavoro anche fuori dell'azienda». Nel caso di specie, il dipendente espletava mansioni di centralinista e, durante l'assenza per malattia, svolgeva un lavoro agricolo in campagna (solfatura delle viti). L'essere quest'ultimo lavoro molto più faticoso ed usurante di quello che avrebbe espletato nell'azienda e comunque contrario ad un corretto adeguarsi alle prescrizioni mediche integra indubbiamente, nei confronti del datore di lavoro, un comportamento scorretto e sleale che legittima il licenziamento per giusta causa.

⁷⁵ Cass. 27 aprile 1987, n. 4079, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2557: L'art. 7, 2° comma l. 20 dicembre 1971, n. 1204, che riconosce alla lavoratrice madre il diritto di assentarsi dal lavoro durante le malattie del bambino di età inferiore a tre anni, presuppone che le cure e l'assistenza al bambino malato siano prestate dalla madre; pertanto, la norma non può essere interpretata nel senso che nel periodo di assenza facoltativa, la lavoratrice madre possa svolgere una qualsiasi attività, senza che ciò abbia alcuna ripercussione sul rapporto di lavoro sospeso, perché sufficiente a giustificare l'assenza dal lavoro sarebbe la sola malattia del figlio; tuttavia, è da escludere che una qualsiasi altra attività svolta dalla lavoratrice madre nel periodo di assenza e nelle stesse ore in cui la lavoratrice avrebbe dovuto prestare la propria opera nell'ambito del rapporto di lavoro rimasto sospeso, costituisca violazione degli obblighi di correttezza, buona fede e fedeltà della lavoratrice medesima nell'esecuzione del contratto e si ripercuota negativamente sul rapporto di lavoro quiescente, determinando il sorgere del diritto del datore al licenziamento, per giusta causa. Quindi, non costituisce violazione della norma suddetta per una utilizzazione per scopi diversi da quelli previsti dalla norma e non può avere alcuna ripercussione sul rapporto di lavoro quiescente, il fatto che la lavoratrice madre, nel periodo di assenza dal lavoro, svolga una qualche attività che, per le modalità di esecuzione e per la durata di essa, non sia incompatibile con il compito della lavoratrice madre di assistere e curare il figlio malato e che non impedisca in concreto questo compito.

⁷⁶ V. Cass. 3 novembre 1995, n. 11437, in *Foro it.*, 1995, I, p. 3425, in cui si conferma la legittimità della sanzione per l'emissione di assegni a vuoto da parte di un dipendente di una banca.

⁷⁷ P. TULLINI, *Su una nozione «allargata» di fedeltà*, (nota a Cass. 1 giugno 1988, n. 3719), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1988, II, p. 992.

“fiducia”, “lealtà” e così via, il cui significato giuridico, specialmente in relazione al rapporto di lavoro, è da ritenere perlomeno controverso»⁷⁸.

Il primo divieto considerato dall'art. 2105 c.c. è il divieto di concorrenza che si sostanzia nel divieto di trattare affari per conto proprio o di terzi in concorrenza con l'imprenditore. Mentre la dottrina ha affrontato la tematica della qualificazione del termine “affare”⁷⁹, la giurisprudenza ha posto l'accento sul termine “concorrenza”, ritenendo violazione del divieto di concorrenza ogni comportamento anche genericamente in contrasto con gli interessi del datore di lavoro⁸⁰. In particolare, si è sottolineato che il collegamento che intercorre tra l'obbligo di fedeltà e i principi generali di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. amplia ulteriormente l'ambito di applicazione dell'obbligo, per cui «il lavoratore deve astenersi dal porre in essere non solo i comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c. ma anche qualsiasi altra condotta che, per la natura e le possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nella organizzazione dell'impresa, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro potenzialmente produttiva di danno⁸¹. Tale contrarietà, però, nel caso di dipendente di società va necessariamente rapportata agli interessi del soggetto giuridico società e non agli interessi di un singolo o di un gruppo, anche se maggioritario»⁸².

⁷⁸ C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1967, p. 310.

⁷⁹ Secondo alcuni, per “affare” non può non intendersi come atto di commercio, ossia un atto di acquisto o di produzione coordinato al successivo collocamento sul mercato del bene o del prodotto» (G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1982, p. 114); secondo altri, il termine affare è usato principalmente per indicare attività di natura economica, ponendo l'accento sulla concorrenza (G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Cedam, 1961, p. 71); secondo altri ancora, bisognerebbe rifarsi ad una nozione “volgare”, considerando il termine “affare” un sinonimo di faccenda (R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Utet, 1965, p. 240).

⁸⁰ Peraltro, è stato affermato che ai fini della configurabilità di una violazione dell'obbligo di fedeltà *ex* art. 2105 c.c., non sono sufficienti gli atti che esprimano il semplice proposito del lavoratore di intraprendere un'attività economica concorrente con quella del datore di lavoro, essendo invece necessario che almeno una parte dell'attività concorrenziale sia stata compiuta, così che il pericolo per il datore di lavoro sia divenuto concreto durante la pendenza del rapporto (Cass. 1 febbraio 2008, n. 2474, in *Lav. prev. oggi*, 2008, p. 1885).

⁸¹ *Ex multis*, Cass. 22 maggio 2015, n. 10643, in *CED*; Cass. 9 agosto 2013, n. 19096, in *Diritto e giust. online*, 2013, 4 settembre; Cass. 4 aprile 2012, n. 3565; Cass. 18 giugno 2009, n. 14176, in *Giust. civ.*, 2009, p. 6; Cass. 4 aprile 2005, n. 6957, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2018.

⁸² Così già Cass. 17 febbraio 1987, n. 1711, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1437; Cass. 5 dicembre 1990, n. 11657, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 828; più recentemente, Cass. 1 febbraio 2008, n. 2474, in *Lav. prev. oggi*, 2008, p. 1885: nel caso di specie, la Suprema Corte, nel confermare la sentenza impugnata, ha ritenuto che la condotta del dipendente di acquisto di quote azionarie e di successiva vendita delle stesse al maggior concorrente della società datrice di lavoro – attività in sé legittima nel diritto societario – non integrasse gli estremi della giusta causa di licenziamento, tant'è che il consiglio di amministrazione della società aveva escluso che fosse suo compito

Per quanto riguarda il requisito soggettivo, la dottrina tradizionale tuttora prevalente ritiene necessaria ai fini della configurazione della sussistenza di un rapporto di concorrenza la qualifica di imprenditore sia in capo al soggetto attivo sia che al soggetto passivo. Una parte la ritiene invece in via di superamento, laddove afferma che il soggetto attivo non deve necessariamente rivestire tale qualità, ritenendo fondamentale solamente la qualifica di imprenditore del soggetto leso. In questo senso, costituirebbe una violazione al divieto di concorrenza non solo la costituzione da parte del lavoratore dipendente di una società per lo svolgimento della medesima attività economica svolta dal datore di lavoro, ma anche lo svolgimento di tale attività da parte del lavoratore non divenuto a sua volta imprenditore⁸³.

La giurisprudenza, dal suo canto, raramente si è posta il problema, configurandosi violazione della norma ogni volta che un dipendente ponga in essere atti in contrasto con gli interessi datoriali⁸⁴.

Riguardo la delimitazione di cosa costituisce concorrenza vietata, la dottrina prevalente ritiene concorrenti due o più imprenditori che, in un determinato periodo di tempo, offrono o possono offrire beni e servizi suscettibili di soddisfare, anche in via succedanea, lo stesso bisogno o bisogni simili o complementari nel medesimo ambito di mercato attuale o immediatamente potenziale. La dottrina e soprattutto la dottrina commercialistica più recente, seguendo l'indirizzo giurisprudenziale, si sta orientando sempre più verso una estensione delle ipotesi di concorrenza fino a ricomprendervi situazioni nelle quali il potenziale acquirente può essere orientato verso un prodotto od un altro, proponendo di considerare sussistente un rapporto di concorrenza «tutte le volte in cui, pur in difetto di una comunanza di consumatori finali, consti comunque una competizione economica»⁸⁵. Tale tendenza espansiva si ravvisa anche nella integrazione di un atto di concorrenza vietata anche in

intervenire sui diritti dei soci al trasferimento delle azioni, restando privo di rilevanza che la suddetta operazione avesse sconvolto l'assetto societario a danno del socio di maggioranza.

⁸³ Cass. 5 aprile 2004, n. 6654, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 544.

⁸⁴ Ad es., Cass. 8 luglio 1995, n. 7529, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 568: «La violazione degli obblighi di concorrenza e buona fede che individuano il bene-interesse peculiare dell'art. 2105 c.c., affermativo dell'obbligo di fedeltà del lavoratore, è integrata non solo dallo svolgimento di attività inerente allo stesso prodotto posto sul mercato dal datore di lavoro, ma anche di qualsiasi altra attività si appalesi in conflitto con l'interesse del datore di lavoro».

⁸⁵ G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, sub artt. 2598-2601 c.c., Giuffrè, 1999 (ristampa), p. 61. Secondo l'opinione largamente seguita, l'interesse ad agire in concorrenza sleale deve essere riconosciuto anche quando la concorrenza è potenziale ossia quando, pur mancando un rapporto di concorrenza attuale fra i due soggetti interessati, appaia comunque probabile una prossima interferenza fra i mercati in cui gli stessi operano (Trib. Milano, ord., 18 dicembre 2001, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, p. 516).

manca di un danno attuale o effettivo al datore di lavoro, essendo sufficiente, come si è già accennato, un danno potenziale o una situazione di pericolo. È considerata, inoltre, concorrenza vietata una attività che viene qualificata come preparatoria alla concorrenza, ad esempio la creazione di una organizzazione destinata ad operare sullo stesso mercato del datore di lavoro indipendentemente dalla operatività attuale della stessa. Per questo l'obbligo di fedeltà deve considerarsi infranto anche in caso di attività «solo progettuali per la costituzione di una società operante in concorrenza con l'impresa del datore di lavoro». Pertanto è del tutto indifferente che, nel caso di specie, il ricorrente abbia dismesso la propria partecipazione nella neo-costituita società dopo la sospensione cautelare, mentre la condotta posta in essere prima era consistita in atti solo preparatori, non suscettibili di recare danno alla società datrice di lavoro, poiché, a essere determinante e non più emendabile è l'effetto rappresentato dal venir meno del rapporto fiduciario, dopo che il datore ha rilevato nel proprio dipendente una propensione a non curare gli interessi della sua impresa⁸⁶.

La giurisprudenza, infine, ha precisato che l'interesse dell'imprenditore a non subire il maggior danno derivante dalla concorrenza operata dal lavoratore non viene meno nel caso in cui quest'ultimo non svolga personalmente l'attività differenziale, non essendo determinante per la violazione in esame la concreta gestione dell'impresa concorrente⁸⁷.

Un ampliamento dell'obbligo di fedeltà al di là di quanto previsto dall'art. 2105 c.c., è delineato non solo, come abbiamo visto, dalla giurisprudenza ma anche nella prassi dalla previsione, nella contrattazione collettiva, di clausole negoziali di vario tipo. Alcune di esse riguardano un ampliamento dell'obbligo di non divulgare notizie: ad esempio, la previsione che il lavoratore debba conservare la necessaria riservatezza su tutto quanto riguarda la vita dell'azienda o conservare assoluta segretezza sugli interessi dell'azienda⁸⁸. Altre sono riconducibili all'obbligo di non concorrenza, come quelle che vietano genericamente di

⁸⁶ Cass. 9 agosto 2013, n. 19096, in *Diritto e giustizia online*, 2013, 4 settembre.

⁸⁷ Cass. 1 giugno 1988, n. 3719, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1988, II, p. 981, con nota di P. TULLINI, *Su una nozione «allargata» di fedeltà*. La Corte conferma la violazione del dovere di fedeltà e la sanzione ex art. 2105 c.c. riguardo al comportamento del lavoratore che faccia acquistare alla propria moglie quote di una società concorrente con l'impresa nella quale egli è occupato. Il comportamento del lavoratore non presenta il requisito necessario della lealtà, essendo sufficiente che esso determini il venir meno della fiducia, anche attraverso un pregiudizio soltanto potenziale e non anche effettivo.

⁸⁸ Ad esempio, art. 198, c.c.n.l. delle aziende turistiche e pubblici esercizi 1 agosto 2012; art. 108, c.c.n.l. aziende artigiane del settore alimentare 22 dicembre 2011; art. 46, c.c.n.l. settore chimico 10 maggio 2006.

svolgere attività contraria agli interessi dell'azienda⁸⁹ o di trarre profitto, con danno all'azienda, di quanto forma oggetto dei compiti assegnati.

In virtù del suo fondamento contrattuale, dottrina e giurisprudenza concordano che l'obbligo di non concorrenza ha vigore solo per la durata del rapporto di lavoro, ma proprio perché il lavoratore è in grado di svolgere una concorrenza molto pericolosa – nota come concorrenza differenziale – sfruttando la sua posizione di vantaggio, dovuta alla conoscenza delle caratteristiche commerciali dell'impresa, il datore può avere interesse affinché questo obbligo si estenda anche al periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro. In questo caso, però, il principio costituzionalmente garantito della libertà di iniziativa economica impone che l'attività concorrenziale del dipendente possa essere limitata solo da un patto di non concorrenza stipulato ai sensi dell'art. 2125 c.c. o dal più generale divieto di concorrenza sleale. Il patto, necessariamente stabilito a termine e dietro congruo compenso, non riguarda le sole ipotesi di concorrenza sleale, ma qualunque attività potenzialmente concorrenziale anche se di per sé lecita. I limiti posti all'attività lavorativa devono essere valutati in relazione all'attività professionale effettivamente svolta, essendo necessario che il patto consenta di svolgere un'attività conforme alla qualificazione professionale maturata nel corso degli anni. La necessità della sussistenza di una correlazione tra attività vietate e interesse del datore di lavoro esclude la illegittimità del comportamento del lavoratore che, pur lavorando alle dipendenze di un'impresa concorrente ed essendosi impegnato con un patto di non concorrenza, svolga mansioni diverse rispetto a quelle esplicitate nel pregresso rapporto e non comporti alcun pericolo di concorrenza. La *ratio* di questa disposizione è rinvenibile nel contemperamento tra l'interesse del datore a che il suo dipendente non tratti affari in concorrenza con lui, sfruttando quanto appreso durante il periodo trascorso alle sue dipendenze, e l'interesse del lavoratore a poter continuare lo svolgimento di un'attività confacente alle proprie attitudini e capacità. La giurisprudenza poi ha più volte affermato al riguardo che i limiti di oggetto e di territorio devono essere tali da non impedire al lavoratore qualsiasi possibilità di lavoro e guadagno.

In conclusione, è pacifico che, salvo stipula di patto di non concorrenza, il divieto permane solo fino alla cessazione del rapporto di lavoro, così come è pacifica la sua validità anche nel periodo di preavviso e nei confronti dei lavoratori che usufruiscano della Cassa

⁸⁹ In aggiunta a quelli sopra menzionati, art. 28, c.c.n.l. bancari 16 luglio 2008.

Integrazione Guadagni, dei lavoratori assenti per malattia o infortunio, delle lavoratrici in astensione dal lavoro per gravidanza o congedi parentali o per malattia del bambino, dei lavoratori in sciopero o in aspettativa sindacale.

Il secondo obbligo sancito dall'art. 2105 c.c. è il c.d. obbligo di riservatezza in forza del quale il lavoratore non può divulgare notizie attinenti all'organizzazione ed ai metodi di produzione dell'impresa, o il loro uso in modo da recare ad essa pregiudizio. La dottrina e la giurisprudenza meno recenti propendono per una interpretazione molto estensiva e riferiscono la formula legislativa non solo alle notizie di carattere eminentemente tecnico, connesse all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, conosciute dal lavoratore in occasione della sua partecipazione all'attività aziendale, ma anche alle notizie attinenti all'amministrazione dell'azienda, al suo finanziamento, al trattamento del personale, ai rapporti dell'impresa con i clienti⁹⁰. Secondo questa interpretazione, costituirebbe oggetto del segreto l'intero «patrimonio immateriale dell'impresa»⁹¹. In senso parzialmente contrario si pone chi ritiene esclusi dal segreto i dati, più vaghi ed aleatori, che costituiscono il presupposto della concorrenza differenziale ordinaria, rientrando nella previsione le sole notizie direttamente concernenti l'ordinamento dell'impresa, nonché i sistemi di produzione da essa eseguiti⁹². A far propendere per una lettura restrittiva della disposizione limitata alle notizie di carattere tecnico è il confronto tra l'art. 2105 c.c. e il precedente art. 8 del RDL 13 novembre 1924, n. 1825: mentre la prima parte dell'articolo 2105 ricalca sostanzialmente il 1° comma dell'art. 8 («L'impiegato non può trattare, per conto proprio o di terzi, affari in concorrenza col suo principale»), la seconda parte delimita l'obbligo del segreto a carico del lavoratore sostituendo all'espressione generica contenuta nel 2° comma dell'art. 8 («notizie attinte all'azienda del proprio principale») una espressione ben più specifica e circoscritta⁹³, tanto da far presumere ad alcuna dottrina l'abrogazione tacita dell'art. 8⁹⁴. Da quanto brevemente osservato appare più convincente, dunque, dare una interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 2105 c.c., in modo tale da configurare un obbligo di segreto per il lavoratore che non esorbiti dalle notizie inerenti alle tecniche di organizzazione aziendale o di

⁹⁰ Così ad es. L. DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Utet, 1956, IV ed., p. 229; R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro. Parte generale*, Vol. I, Utet, 1965, p. 237.

⁹¹ L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Utet, 1973, p. 350.

⁹² G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 139.

⁹³ P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979 p. 207.

⁹⁴ Vedi A. CESSARI, *Fedeltà, impiego, lavoro*, Giuffrè, 1969, p.164 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Utet, 1973, p. 349.

produzione. Il legislatore ha voluto «accantonare la vecchia concezione dell'obbligo di fedeltà inteso come dedizione personale del lavoratore al perseguimento *degli interessi dell'imprenditore*», tutelando il solo interesse che l'imprenditore ha a difendersi dalla concorrenza differenziale che il lavoratore è in grado di esercitare a causa della sua intima conoscenza dei meccanismi interni dell'impresa da cui dipende. In questo senso si può affermare che i due obblighi che l'art. 2105 c.c. pone a carico del lavoratore siano fra loro strettamente collegati, tanto che «il secondo può essere considerato quasi come un corollario del primo»⁹⁵.

La giurisprudenza, al contrario, è pressoché concorde nell'adottare una interpretazione estensiva, ritenendo che nei divieti dell'art. 2105 c.c. deve essere ricondotto ogni comportamento contrario alle finalità dell'impresa e quindi le c.d. notizie utili, come le tecniche di produzione, il know-how, i progetti di innovamento degli impianti, ma anche i c.d. dati neutri, come la divisione dei cespiti all'interno dell'azienda, le delibere del consiglio di amministrazione, i bilanci non ancora pubblicati o non soggetti a pubblicazione, e i dati negativi, come i punti deboli della merce. Gli obblighi di contenuto negativo hanno un valore meramente esemplificativo con la conseguenza di un ampliamento dei comportamenti indicati sino ad assimilarvi alcuni, anche a contenuto positivo ed eterogenei tra di loro, come la lealtà, la fiducia, la correttezza e la buona fede⁹⁶.

Per quanto riguarda la durata del divieto di uso e divulgazione di notizie, mentre tutta la dottrina è concorde nel ritenere che l'obbligo di non concorrenza sussista fino a che permanga in essere il rapporto di lavoro, meno accordo vi è circa la durata del divieto in questione. L'opinione che ritiene che anche il dovere di riservatezza cessi con l'estinzione del rapporto di lavoro è ovviamente sostenuta da chi considera la seconda parte dell'art. 2105 un corollario della prima⁹⁷. A sostegno di questa tesi si cita l'art. 2125 c.c. che prevede la possibilità, a

⁹⁵ Cfr. P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, p. 209. Diversamente, G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1982, p. 156, il quale, identificando nell'abuso di posizione una tipica infedeltà, riconduce al denominatore comune della fedeltà anche la seconda parte dell'art. 2105 c.c.

⁹⁶ Sono stati ritenuti colpevoli di violazione dell'obbligo di cui all'art. 2105, 2° comma c.c.: i dipendenti che, approfittando in modo fraudolento del libero accesso alle informazioni attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, raccolgono una serie di notizie dettagliate con l'intenzione di utilizzarle per avviare un'attività produttiva in concorrenza con quella dell'attuale datore di lavoro (Trib. Bologna 26 gennaio 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 2); i dipendenti che tentano di asportare documenti aziendali riservati, di cui abbiano disponibilità per ragioni inerenti al loro ufficio, allo scopo di utilizzarli in futuro (Cass. 24 maggio 1985, n. 3156, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2523).

⁹⁷ Cfr. P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1979, p. 249.

certe condizioni, di un patto con il quale si limita lo svolgimento dell'*attività* del prestatore di lavoro per il tempo successivo alla cessazione del contratto, fondandosi sulla generalità del termine "attività", idoneo a ricomprendere non solo qualsiasi forma di attività lavorativa o imprenditoriale, ma anche la semplice utilizzazione o comunicazione a terzi delle notizie attinte dall'impresa ex datrice di lavoro. Tutta la dottrina osserva che comunque la divulgazione e l'uso pregiudizievole di notizie possono costituire illecito contrattuale o dar luogo a responsabilità penale, anche dopo la fine del rapporto di lavoro, se è offeso il pubblico interesse alla conservazione di notizie destinate a rimanere segrete. Altra dottrina sembra, invece, ritenere che l'obbligo di riservatezza permanga anche oltre l'estinzione del rapporto di lavoro⁹⁸.

Infine, la scarsa giurisprudenza in materia sembra concordare con la dottrina maggioritaria, distinguendo le vicende anteriori da quelle successive alla cessazione del rapporto di lavoro; ad esempio, l'utilizzazione da parte dell'ex dipendente di notizie acquisite al tempo in cui lavorava è inclusa nella previsione dell'art. 2598 c.c., mentre lo stesso comportamento tenuto in costanza di rapporto è ricondotto alla specifica previsione dell'art. 2105 c.c.

Il lavoratore infedele può incorrere in responsabilità contrattuale, disciplinare e risarcitoria, dal momento che il datore abbia ricevuto un danno. Nei casi più gravi si può arrivare a configurare un motivo legittimo di licenziamento: «In tema di concorrenza sleale, è legittimo licenziare il lavoratore che viola l'obbligo di fedeltà anche se in assenza della previa affissione del codice disciplinare. I comportamenti del dipendente che costituiscono gravi violazioni dei suoi doveri fondamentali sono punibili, infatti, con il licenziamento a prescindere dalla loro inclusione o meno tra le sanzioni previste dal regolamento che disciplina il rapporto di lavoro»⁹⁹.

⁹⁸ Ad es., G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1982, p. 144 ss.

⁹⁹ Cass. 10 agosto 2009, n. 18169, in *Lav. giur.*, 2009, p. 1134, con nota di G. GIRARDI. Sulla base di questa motivazione, la corte ha ritenuto legittimo, e quindi confermato, il licenziamento di un dirigente che aveva diffuso notizie sulle caratteristiche tecniche dei prodotti dell'azienda per cui lavorava, favorendo di fatto l'attività di un'impresa concorrente. Il dirigente in questione, addetto al controllo dell'attività delle piccole aziende incaricate di lavori per conto della società, era stato licenziato per aver chiesto notizie al titolare di una ditta controllata sulle caratteristiche tecniche di alcuni prodotti e di aver in seguito riportato le informazioni al titolare di un'impresa concorrente che intendeva commercializzare lo stesso prodotto.

Come risulta evidente dalla breve trattazione proposta, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, la tendenza che è emersa nella giurisprudenza della Cassazione è sicuramente improntata ad una interpretazione assai estensiva dell'obbligo di fedeltà. Si è assistito, in particolar modo, ad un rifiuto della concezione della giusta causa limitata al venir meno della fiducia nei successivi adempimenti – così come sarebbe preferibile ed auspicato anche da parte della dottrina¹⁰⁰ – e si è preferito riferirsi ad un concetto più vasto e sostanzialmente soggettivo, ad una fiducia personale come affidamento nelle qualità personali del lavoratore. Ricorrente nelle statuizioni della Corte di Cassazione è la massima secondo la quale il dovere di fedeltà si sostanzia nell'obbligo di un leale comportamento del lavoratore nei confronti del datore di lavoro e va collegato alle regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.; da ciò deriva che il lavoratore deve astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c., ma anche da tutti quelli che, per la loro natura e le loro conseguenze, appaiono in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creano situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa o sono idonei a ledere il presupposto fiduciario del rapporto di lavoro¹⁰¹. A tal punto la natura fiduciaria del rapporto di lavoro si reputa scaturigine di obblighi che l'accezione di fedeltà così accolta finisce col vincolare la persona del lavoratore «ben oltre i limiti segnati dalla correttezza e dalla buona fede, bensì agli interessi finali dell'impresa»¹⁰². Questo ragionamento finisce per caricare il lavoratore di tutta una serie di obblighi derivanti direttamente dalla asserita natura fiduciaria del rapporto, «contribuendo a creare un circolo vizioso per cui l'obbligo di fedeltà è violato ogni volta che i comportamenti del lavoratore sono idonei a compromettere il vincolo fiduciario e, d'altra parte, l'elemento fiduciario che caratterizza il rapporto viene usato come indice di rilevanza della fedeltà intesa in senso lato»¹⁰³, arrivando ad una incontrollata estensione degli obblighi contrattuali del lavoratore.

Una remota giurisprudenza affermava che il concetto di giusta causa non comprendesse solamente i gravi inadempimenti delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, ma anche

¹⁰⁰ Cfr. G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1995; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Vol. II, Utet, 2013.

¹⁰¹ Tra le sentenze più significative in questo senso si può ricordare la già citata Cass. 1 giugno 1988, n. 3719.

¹⁰² P. TULLINI, *Su una nozione «allargata» di fedeltà*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1988, II, p. 992 ss.

¹⁰³ M. G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, *sub art. 2105 c.c.*, Giuffrè, 2000, p. 245 ss.

altri fatti che, pur estranei al rapporto in questione, incidessero egualmente sul medesimo eliminando l'interesse datoriale alla prosecuzione, anche provvisoria, della collaborazione con quel lavoratore. «Successivamente alla entrata in vigore della legislazione limitativa dei licenziamenti, a partire dalla legge n. 604/1966, la giurisprudenza, confortata dalla dottrina dominante, ha ritenuto che il concetto di giusta causa, così genericamente individuato dall'art. 2119 c.c., trovi la sua più precisa definizione nella stessa definizione recata dalla legge n. 604/1966 del giustificato motivo soggettivo (“notevole inadempimento agli obblighi contrattuali”) [...] cosicché la giusta causa si differenzia dal giustificato motivo soggettivo non già dal punto di vista qualitativo, trattandosi in entrambi i casi di comportamenti inadempienti del lavoratore, bensì sotto il profilo quantitativo, nel senso della maggiore gravità dell'inadempimento, tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto»¹⁰⁴.

Tale definizione di giusta causa riduce la rilevanza delle vicende extralavorative in materia di inadempimento di obblighi contrattuali, in quanto essa si differenzia dalla fattispecie di giustificato motivo soggettivo solamente per la maggiore gravità dell'inadempimento in essa configurato. Da ciò risulta preferibile escludere la rilevanza disciplinare di comportamenti privati, se non in quei casi di rilevante gravità, la cui valutazione dovrà essere effettuata in maniera equilibrata ed oggettiva. La rilevanza disciplinare di detti comportamenti prescinde dagli stessi considerati astrattamente idonei a vulnerare la fiducia, per la loro intrinseca riprovazione sociale¹⁰⁵, «dovendo essere valutati in concreto, in relazione alla natura e alla qualità del singolo rapporto intercorrente tra le parti, alla posizione che in esso abbia il prestatore di lavoro e quindi alla qualità e al grado del particolare vincolo di fiducia che quel rapporto comporta; dovendosi altresì considerare se lo specifico comportamento, valutato non soltanto nel suo contenuto obiettivo ma anche per la sua portata soggettiva, specie in relazione alle circostanze e alla condizioni in cui è stato posto in essere, ai suoi motivi e ai suoi effetti, nonché all'intensità dell'elemento intenzionale o

¹⁰⁴ Cass. 3 ottobre 2000, n. 13144.

¹⁰⁵ M. MEUCCI, *Vicende private e incidenza sul rapporto “fiduciario” di lavoro*, in *Lav. Prev. Oggi* n. 7/2001, p. 859: «Le vicende extralavorative riprovevoli deludono molto spesso “solo” aspettative non giuridicamente protette ed urtano “solo” umanamente comprensibili suscettibilità. Non si può obiettivamente, per la tutela di un supposto “decoro” o “prestigio” o “reputazione” aziendale, legittimare [...] lo spiegamento della massima sanzione privativa dell'occupazione, considerato che il “licenziamento”, come insegna la giurisprudenza della Cassazione, è misura da azionare, nel rapporto di lavoro, solo quando altre misure di natura conservativa e non traumatiche, si rivelino certamente idonee a stigmatizzare ed a scoraggiare la reiterazione del comportamento disdicevole.

colposo, risulti tale da ledere gravemente, così da farla venire meno, la fiducia che il datore di lavoro deve poter riporre nel proprio dipendente in quel particolare rapporto»¹⁰⁶. Deriva da ciò, come da orientamento consolidato della Suprema Corte, che il licenziamento per giusta causa, stante l'impossibilità di prescindere da un equo criterio di proporzione tra la mancanza addebitata e la sanzione inflitta, appare legittimo quando risulti l'insufficienza di qualsiasi altra sanzione a tutelare l'interesse dell'azienda¹⁰⁷; con ciò attribuendo il giusto rilievo alla graduazione delle sanzioni come previsto dall'art. 7 St. lav.

¹⁰⁶ Cass. 24 giugno 1977, n. 2689.

¹⁰⁷ Cass. 29 aprile 1983, n. 2981, in *Mass. giur. lav.*, 1983, p. 251 ss.; in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 2330 ss.

CAPITOLO 2

LE SANZIONI CONSERVATIVE

2.1. Le tipologie di sanzioni

Scopo della sanzione disciplinare non è quello di risarcire un danno che l'infrazione possa aver cagionato o di ristabilire l'equilibrio patrimoniale alterato dall'inadempimento, come dimostra il fatto che alcune sanzioni non hanno affatto contenuto patrimoniale (es. ammonizioni orali o scritte) o, anche quando rivelano un valore economico (es. multa), tale valore non è commisurato al danno né entra nel patrimonio del creditore danneggiato, in quanto solitamente l'importo viene versato ad enti di carattere previdenziale secondo le disposizioni di gran parte dei contratti collettivi. Anzi, come abbiamo visto, per dar luogo alla sanzione disciplinare non è necessario un danno, potendo il datore di lavoro, in caso di inadempimento, ricorrere indifferentemente alle sanzioni disciplinari o agli strumenti di diritto comune in materia di risarcimento del danno ovvero ad entrambi i rimedi cumulativamente. La sanzione disciplinare svolge una più precisa funzione di autotutela, nel senso dell'immediato ristabilimento del corretto e ordinato funzionamento dell'organizzazione produttiva e di lavoro, associando alla caratteristica funzione afflittiva nei confronti del responsabile una più generale funzione intimidatoria verso la generalità dei lavoratori, atti a prevenire ulteriori violazioni della normativa disciplinare e delle regole di condotta poste a tutela dell'organizzazione.

Il legislatore si è astenuto dal predeterminare in maniera rigida la tipologia delle sanzioni disciplinari, tipizzando una serie di pene senza fissarne un numero chiuso, con il solo limite del divieto di prevedere sanzioni comportanti mutamenti definitivi del rapporto di lavoro. Il divieto di sanzioni modificative, di cui al 4° comma dell'art. 7 St. lav., insieme all'enumerazione al 5° comma di una certa tipologia di sanzioni ribadiscono un principio di atipicità delle sanzioni disciplinari nel nostro ordinamento: esse infatti non costituiscono un numero chiuso, dato che si ammette che la contrattazione collettiva possa stabilire sanzioni diverse ed ulteriori, nel rispetto dei limiti sostanziali ed edittali previsti dall'art. 7, 4° comma St. lav.; inoltre, il vincolo di predeterminazione è imposto solo con riferimento al codice disciplinare, unico documento nel quale le sanzioni, incluse quelle nominate per legge, devono essere predeterminate ai fini di una loro legittima applicazione. La preoccupazione del

legislatore di limitare l'incisività e l'offensività dell'esercizio del potere disciplinare ha avuto l'effetto imprevisto di giuridificare, trasformandole in rimedi tipici, quelle pene che erano in passato nominate solo dai contratti collettivi e talvolta sottoposte a limiti ben più stringenti di quelli attuali¹⁰⁸. Nonostante il fatto che la disposizione statutaria nomini testualmente alcune delle sanzioni irrogabili non significa che i contratti collettivi non possano operare delle modificazioni oppure prevedere altri tipi di sanzione; di fatto, però, analizzando la contrattazione collettiva emerge, in tutta la sua chiarezza, la tendenza a non discostarsi dalle sanzioni predeterminate dal legislatore, di regola limitandosi ad operare scomposizioni interne (ad es. articolando la sospensione da 1 a 4, e oltre fino a 10 giorni).

Le sanzioni disciplinari possono essere classificate in conservative ed estintive, sulla base del criterio dell'effetto che esse determinano sul rapporto di lavoro. Il termine «sanzioni conservative» non è stato mai letteralmente impiegato dalla legge, ma è agevole intendere che esso alluda a tutte quelle sanzioni disciplinari la cui applicazione, pur comportando conseguenze sfavorevoli di varia natura, non determina la risoluzione del rapporto di lavoro. L'art. 7 non indica esplicitamente il licenziamento disciplinare tra le sanzioni previste, ma a seguito del celebre intervento della Corte costituzionale del 30 novembre 1982, n. 204 non è più in discussione che anche esso abbia a pieno titolo natura di sanzione disciplinare.

La sanzione più modesta tra quelle conservative previste è sicuramente il biasimo o rimprovero verbale. L'art. 7, 5° comma stabilisce l'operatività della sanzione dotandola di un regime estremamente semplificato di applicazione, costituito dal venir meno, per il datore di lavoro, degli obblighi di contestazione, di instaurazione del contraddittorio e del rispetto del termine di cinque giorni dalla contestazione per l'adozione della sanzione. Ad una prima interpretazione che sostiene che il rimprovero debba conservare il suo carattere "verbale", esauendo ogni formalità nel medesimo istante il cui il datore di lavoro si rivolge in tal senso al lavoratore¹⁰⁹, se ne contrappone un'altra che ritiene necessaria una formalizzazione scritta della sanzione, un «qualcosa che possa in futuro essere richiamato magari a titolo di precedente»¹¹⁰. È interessante sottolineare come il ricorso al rimprovero non scritto si abbia nel caso di una prima infrazione non grave da parte di un dipendente senza precedenti

¹⁰⁸ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Il potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Utet, 1991, n. 9, p. 27.

¹⁰⁹ Cfr. R. BORTONE, *Sub art. 7 St. lav.*, in A.A.V.V., *Lo Statuto dei lavoratori: commentario*, diretto da G. GIUGNI, Giuffrè, 1979, p. 66.

¹¹⁰ Cfr. G. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, 1996, p. 444.

disciplinari. Ma se il passaggio al rimprovero scritto è legittimato dalla verifica della esistenza di precedenti infrazioni, risulta necessario, ai fini della valutazione, che le infrazioni che hanno causato l'irrogazione della sanzione di minor gravità siano perlomeno appuntati nel fascicolo personale del dipendente. Sotto questo profilo, si ritiene che la trascrizione del rimprovero verbale quando persegua l'obiettivo sopra indicato di esaurire le contestazioni informali, non muti il regime semplificato¹¹¹.

Risulta, invece, indubbiamente necessaria alla configurazione della sanzione della ammonizione scritta una sua formalizzazione documentale, essendo questa la prima sanzione, nella scala di gravità determinata dalla maggior parte dei contratti collettivi, per la quale la legge richiede l'adempimento di tutte le prescrizioni formali e procedurali. La mancanza di un effetto valutabile sul piano economico attribuisce al rimprovero scritto una valenza indubbiamente morale, intesa come esternazione di un preciso mancato apprezzamento da parte del datore di lavoro della condotta seguita¹¹².

Anche se la multa rappresenta la prima sanzione avente contenuto economico, è necessario evidenziare come essa non persegua finalità risarcitorie, bensì esclusivamente sanzionatorie. Ciò è desumibile da una duplice considerazione: in primo luogo, il limite piuttosto basso di 4 ore di retribuzione, previsto dalla legge ed ulteriormente abbassato dai contratti collettivi¹¹³; in secondo luogo, il fatto che la multa irrogata non viene mai introitata dal datore di lavoro, ma è normalmente devoluta a fondi, casse, istituzioni di carattere assistenziale, previdenziale, assicurativo o ricreativo di tipo aziendale o extra aziendale. In dottrina si è osservato come il limite piuttosto basso previsto per la multa toglie qualsiasi spazio a sanzioni che un tempo erano previste dalla contrattualistica, come la limitazione nell'erogazione della gratifica di bilancio, la perdita parziale o totale delle mensilità aggiuntive, il blocco anche temporaneo degli aumenti periodici di anzianità¹¹⁴.

¹¹¹ M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996, p. 33 ss.

¹¹² Una conferma di questo rilievo poteva essere trovata all'art. 122, c.c.n.l. aziende di credito 19 dicembre 1994, in cui alla sanzione della multa si sostituiva quella del biasimo scritto nella duplice tipologia, di gravità crescente, del biasimo della direzione locale e del biasimo della direzione centrale o generale. Tale distinzione è stata tuttavia eliminata dal rinnovo del 23 marzo 2001, ove, pur non prevedendosi la multa come sanzione, questa è sostituita dal solo rimprovero scritto.

¹¹³ La maggior parte dei contratti collettivi prevede limiti ancor più rigidi limitati alle 2 o 3 ore di retribuzione, spesso riferite al diverso parametro costituito dalla paga base e dalla indennità di contingenza. Ad es. art. 70 c.c.n.l., calzaturiero 18 maggio 2004 prevede il limite massimo di 2 ore; art. 55, c.c.n.l. chimica, conciaria e accorpati 5 ottobre 2006 ne prevede 3.

¹¹⁴ R. DEL PUNTA, *Le sanzioni conservative*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.* n. 9, Utet, 1991, p. 106.

La sospensione rappresenta, nella *climax* contrattuale, il provvedimento conservativo massimo adottabile dal datore di lavoro, oltre il quale la gravità dell'infrazione conduce generalmente, anche a titolo di recidiva, all'estinzione del rapporto di lavoro. L'art. 7 stabilisce un termine massimo di 10 giorni della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione¹¹⁵, anche se i contratti collettivi procedono sovente ad una scomposizione interna della sanzione, articolandola in sospensioni progressivamente più gravi di 1, 3, 5 giorni¹¹⁶ ecc.

2.2. Il divieto di sanzioni che comportano mutamenti definitivi del rapporto di lavoro e il trasferimento disciplinare

Il più importante limite sostanziale all'irrogazione delle sanzioni è costituito dal divieto di comminare sanzioni che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro. L'esigenza che questo precetto va a salvaguardare è chiaramente quella di impedire al datore di lavoro di incidere in modo irreversibile sui beni fondamentali del lavoratore, costituiti principalmente dalla posizione professionale acquisita nel corso degli anni, sotto il profilo della qualifica e della retribuzione spettante. La questione si è posta con riguardo al trasferimento disciplinare, cioè quello adottato a scopo punitivo. Originariamente, la dottrina maggioritaria si era attestata sull'illegittimità dello stesso e quindi sulla nullità delle clausole contrattuali che lo prevedevano, motivando la scelta in forza dell'art. 7, 4° comma, e sulla stessa scia si poneva la giurisprudenza che negava ogni possibilità di trasferimento del lavoratore per motivi "soggettivi", in quanto ritenuto in palese violazione con la norma statutaria. In un secondo momento, la giurisprudenza, partendo dalla considerazione che i comportamenti del lavoratore, dovuti al suo carattere o alla sua indole, non possono essere valutati in sé, ma devono essere posti in relazione alle conseguenze negative in termini di ordinato svolgimento dell'impresa, come fattori determinanti disfunzioni di carattere organizzativo, è giunta ad attribuire alla condotta del lavoratore una portata oggettiva,

¹¹⁵ Vedi Cass. 6 maggio 1978, n. 2199, in *Orient. giur. lav.*, 1978, p. 945., in cui si precisa che «qualora sia stato disposto un provvedimento di sospensione, la ritenuta sulla retribuzione in relazione ai giorni di sospensione non costituisce una sanzione autonoma e distinta, ma è effetto consequenziale della medesima sanzione». Tra l'altro, operando in termini di tetto insuperabile *in pejus*, non si esclude, in linea teorica, che la sanzione possa essere variamente articolata prevedendosi anche solo l'allontanamento dal lavoro, senza alcuna incidenza retributiva.

¹¹⁶ Per una sospensione di 3 giorni si veda ad es. art. 55, c.c.n.l. chimica, conciaria e accorpati 5 ottobre 2006; art. 70 c.c.n.l. calzaturiero 18 maggio 2004; art. 66, c.c.n.l. industria del cemento 19 febbraio 2008. Per una sospensione di 5 giorni, invece, si veda ad es. art. 25 c.c.n.l., settore elettrico (prevede un prolungamento della sanzione fino a dieci giorni in casi eccezionali).

ammettendo così il trasferimento al fine di preservare la funzionalità e il buon andamento dell'organizzazione produttiva. A ciò giova anche la presenza di clausole contrattuali in tal senso¹¹⁷ e il riconoscimento della legittimità del trasferimento per c.d. "incompatibilità ambientale", secondo la nozione da tempo accolta nel settore pubblico ed espressamente prevista dall'art. 32, 4° comma d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3¹¹⁸, anche se abrogato definitivamente dall'art. 43,5° comma del d.lgs. 80/1998 (oggi art. 72, 1° comma, lett. a) del d.lgs. 165/2001). Si viene così ad ammettere che uno stesso comportamento del lavoratore possa essere letto "soggettivamente" come infrazione disciplinare ed "oggettivamente" come fatto che incide negativamente sull'organizzazione: e in questo secondo caso la giurisprudenza ammette l'adozione da parte del datore delle sanzioni disciplinari di cui all'art. 7 ovvero del trasferimento *ex art.* 2103 c.c.¹¹⁹.

La Cassazione¹²⁰, pur premettendo che il licenziamento disciplinare è illegittimo (perché sanzione atipica rispetto i provvedimenti in materia disciplinare previsti dall'art. 7 St. lav.), nel caso in cui nel comportamento del dipendente possa essere configurabile al tempo stesso un fatto rilevante sotto il profilo disciplinare ed una delle ragioni tecniche, organizzative e produttive che consentono il trasferimento, il datore di lavoro può scegliere se esercitare in alternativa il potere disciplinare (con i limiti di cui all'art. 7 St. lav.) o il potere direttivo-organizzativo (con i limiti di cui all'art. 13 St. lav.), senza che il giudice possa valutare la convenienza o l'alternativa opportunità tra le due soluzioni. Come è stato giustamente affermato, in questo modo si assiste ad uno slittamento in secondo piano della causa (i motivi soggettivi) e alla relativa messa in primo piano dell'effetto (le conseguenze oggettive) posto a giustificazione del potere organizzativo del lavoratore; la conseguenza immediata del collegamento asserito tra trasferimento per incompatibilità ambientale e potere direttivo-organizzativo è quella dell'inapplicabilità allo stesso delle fondamentali e corpose garanzie procedurali in difesa del lavoratore sancite dall'art. 7¹²¹. Con due ormai celebri sentenze (9 maggio 1990, n. 3811, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 898; 21 novembre 1990, n.

¹¹⁷ Cfr. art. 36 lett. c), c.c.n.l. marittimi (armamento pubblico).

¹¹⁸ «Il trasferimento da una ad altra sede può essere disposto anche quando la permanenza dell'impiegato in una sede nuoce al prestigio dell'ufficio».

¹¹⁹ S. MAINARDI, *Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, 2002, p. 109.

¹²⁰ Cass. Sez. Un. 24 luglio 1986, n. 4747, in *Giust. civ.*, 1988, I, con nota di M. MARIANI, *Trasferimento per incompatibilità con i colleghi a seguito di comportamento disciplinarmente rilevante*.

¹²¹ M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, *sub art.* 2103 c.c., Giuffrè, 1997, p. 546 ss.

11233, in *Foro it.*, 1991, I, p. 1147), entrambe riguardanti clausole del c.c.n.l. dei lavoratori dell'Enel, contemplante, tra le sanzioni disciplinari, il «trasferimento per punizione», la Cassazione afferma esplicitamente la legittimità di dette clausole e sostiene che il tipo di sanzione in questione non incontri il divieto di cui all'art. 7, 4° comma di non irrogare sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro poiché la disposizione non si riferisce ai mutamenti del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, intendendo invece essenzialmente impedire la dequalificazione professionale per fini punitivi. Risulta però evidente l'operazione giurisprudenziale diretta a bypassare, attraverso la considerazione del trasferimento quale episodio inidoneo a comportare mutamenti definitivi nel rapporto di lavoro, quell'orientamento teso a considerare il luogo della prestazione un elemento essenziale ed immutabile del rapporto di lavoro e che per questo considera il trasferimento un cambiamento definitivo sostanziale del rapporto di lavoro, come tale vietato dal disposto legislativo. Non si riesce però a comprendere perché il luogo della prestazione non dovrebbe essere considerato, così come il contenuto della stessa, uno degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e quindi tale da rientrare agevolmente nell'ampia nozione di mutamento qualitativo presa in considerazione nello statuto. Infatti, il luogo, insieme al tempo, costituisce un elemento discrezionale della subordinazione, tant'è che la giurisprudenza annovera fra gli indici esponenziali del lavorare in modo subordinato proprio la circostanza che la prestazione si svolga in locali e luoghi che rientrano nella disponibilità del datore di lavoro (con la nota eccezione del lavoro a domicilio)¹²². È inoltre lo stesso art. 2103 c.c. a confermare l'essenzialità del bene tutelato con la previsione di limiti al potere di trasferimento. E non vi sono neppure dubbi, anche alla luce della consolidata giurisprudenza sulla distinzione concettuale tra trasferta e trasferimento, che il trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra sia un provvedimento tendenzialmente definitivo e comunque tale da provocare pregiudizi molto rilevanti anche se limitati nel tempo¹²³.

A questo si deve aggiungere che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il potere del datore di disporre un trasferimento non può essere sindacato dal giudice sotto il profilo dell'opportunità di esso, stante il disposto dell'art. 41 Cost., ma tale sindacato deve limitarsi all'accertamento della sussistenza, presso l'unità produttiva di provenienza del lavoratore,

¹²² Cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2011, p. 445; G. PERA, *Lezioni di diritto del lavoro*, Il foro italiano, 1974, p. 307.

¹²³ R. DEL PUNTA, *Le sanzioni conservative*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 9, Utet, 1991, p. 109.

delle ragioni tecniche, produttive o organizzative addotte dal datore di lavoro. Pertanto, il controllo giurisdizionale delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive del trasferimento è diretto ad accertare che vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa e non può essere dilatato fino a comprendere il merito della scelta operata dal datore stesso¹²⁴.

È fin troppo evidente e condivisibile la critica mossa da chi evidenzia in una simile ricostruzione del trasferimento disciplinare la pericolosità delle sue potenzialità applicative ed, in particolar modo, «il rischio di consentire all'imprenditore di abusare del trasferimento mascherando, dietro apparenti esigenze tecnico-organizzative, ragioni soggettive non invocabili perché illegittime (discriminatorie o illecite) o comunque non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore (*ex art. 8 St. lav.*)¹²⁵». Se è vero, come ormai è assodato, che il trasferimento punitivo può essere incluso tra le sanzioni disciplinari dalla contrattazione collettiva, pare singolare che la quasi totalità dei contratti collettivi non lo prevedano tra le sanzioni tipiche, con la rara eccezione del c.c.n.l. dei lavoratori addetti al settore elettrico 18 febbraio 2013 (art. 25, 1° comma, lett. e)). Anche da ciò è possibile trarre la conclusione che la centralità acquisita dalle esigenze tecniche, produttive e organizzative nella disposizione del trasferimento del lavoratore fa venire meno l'esigenza di una previsione esplicita di questa "sanzione" all'interno dei contratti, in quanto il datore di lavoro, qualora volesse sanzionare in tal modo il lavoratore, avrebbe ugualmente a disposizione l'*escamotage*, tra l'altro ben poco gravoso, di ricorrere alla fattispecie di trasferimento così come prevista dall'art. 2103 c.c.

Sicuramente un utilizzo distorto del trasferimento per incompatibilità è stato largamente realizzato nel settore pubblico, ove il trasferimento ad un'altra sede poteva essere disposto anche quando la permanenza dell'impiegato in una sede nuocesse al prestigio dell'ufficio, così come previsto dall'art. 32, 4° comma T.U. 10 gennaio 1957, n. 3. Questa disposizione ha

¹²⁴ Di recente, il legislatore ha recepito tale indirizzo giurisprudenziale, stabilendo che: «In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente» (art. 30, 1° comma, legge 4 novembre 2010, n. 183, c.d. "Collegato lavoro").

¹²⁵ M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, *sub art. 2103 c.c.*, Giuffrè, 1997, p. 556; della stessa opinione anche MEUCCI, *Il trasferimento dei lavoratori*, in *Consulenza*, Buffetti ed., 2007, n. 23.

permesso in passato l'utilizzo della fattispecie in questione a fini disciplinari, allo scopo di eludere i limiti procedurali stabiliti per il corretto e legittimo esercizio dell'azione disciplinare, nelle ipotesi in cui la oggettiva situazione di incompatibilità fosse determinata non da circostanze del tutto estranee alla sfera operativa del dipendente, bensì da condotte sul lavoro idonee a determinare disservizio per negligenze nel suo operato. Come già accennato, l'art. 32 è stato definitivamente abrogato ad opera dell'art. 43, 5° comma del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, causato una *reductio ad unum* dell'assetto relativo alla applicazione del trasferimento per incompatibilità ambientale e della sanzione del trasferimento disciplinare, nell'ambito dei due settori del lavoro subordinato.

2.3. La conoscibilità delle sanzioni: il codice disciplinare

Da quanto detto finora dovrebbe essere chiaro che la relativa esiguità delle sanzioni conservative minori finisca col concedere spazi eccessivi alla sanzione del licenziamento disciplinare, risolvendosi spesso la valenza delle prime in una prospettiva strumentale legata alla sussistenza della recidiva ai fini del licenziamento. Una evoluzione della contrattazione collettiva verso un apparato sanzionatorio di tipo conservativo maggiormente modulato e quindi maggiormente incisivo, necessariamente accompagnata da una revisione dei limiti posti in via legislativa dall'art. 7 St. lav. specie per la sanzione della sospensione, consentirebbe di evitare ipotesi di sanzione oggi esclusivamente riconducibili al licenziamento. In questo modo, si legittimerebbe il ricorso alla sanzione estintiva solo nei casi in cui la gravità dell'infrazione non tolleri la prosecuzione del rapporto e si restituirebbe al potere disciplinare l'originaria funzione deterrente, volta a ristabilire l'ordine aziendale attraverso la prosecuzione del rapporto di lavoro, valorizzando quest'ultimo quale elemento fondamentale dell'organizzazione produttiva.

Il più grande limite interno che il potere disciplinare incontra si sostanzia nel c.d. principio di proporzionalità, cioè nella necessaria relazione di proporzionalità tra la sanzione e l'infrazione commessa, con un limite alla rilevanza della recidiva quale fattore di inasprimento della pena. Il principio di proporzionalità, già affermato dalla Carta del lavoro, è stato trasposto senza alcuna modifica nell'art. 2106 c.c., in cui si afferma che l'inosservanza da parte del lavoratore degli obblighi di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c. «può dar luogo

all'applicazione di sanzioni disciplinari secondo la gravità dell'infrazione». La proporzionalità costituisce il punto nodale della disposizione e trova la sua legittimazione nella considerazione che, se l'interesse sotteso alla titolarità del potere disciplinare è il ripristino dell'ordine violato, allora il suo esercizio non potrà che essere commisurato alla gravità di tale violazione e quindi alla concreta infrazione addebitata al dipendente. In questo modo, «la regola della proporzionalità costituisce misura indefettibile di congruità della reazione del datore di lavoro all'inadempimento»¹²⁶. E la congruità della sanzione rispetto all'infrazione è elemento che permea nella struttura causale dell'atto: la sua mancanza conduce, quindi, ad un eccesso o abuso di potere che non può che essere sanzionato con la sanzione forte della nullità dell'atto *ex art. 1418 c.c.*¹²⁷. Poiché la determinazione delle infrazioni e delle corrispondenti sanzioni avviene in sede di contrattazione collettiva, è evidente che il giudizio di congruità avviene in astratto in tale sede e quindi non nella fase di applicazione, bensì in quella di predeterminazione della normativa disciplinare. L'art. 7, 1° comma St. lav. scioglie ogni dubbio riguardo la sussistenza di una competenza datoriale non solo riferita al momento applicativo, ma estesa altresì alla fase di definizione della infrazione e della sanzione. Il fatto che il datore sia obbligato a conformarsi, secondo quanto previsto dal codice, alle pattuizioni collettive esclusivamente «ove esistano» induce a riconoscergli, in via sussidiaria¹²⁸, una potestà determinativa sia in funzione sostitutiva della fonte contrattuale, qualora cioè la stessa sia del tutto mancante, sia in funzione integrativa della medesima, quando essa appaia lacunosa o generica, con il solo vincolo dell'inammissibilità di norme disciplinari peggiorative. La norma statutaria esprime dunque una preferenza per la fonte negoziale di determinazione della disciplina negoziale, essendo il datore di lavoro abilitato ad intervenire unilateralmente in ipotesi di mancanza di contratto o accordo collettivo o di sua lacunosità; in tali casi il potere del datore si riespande e viene esercitato attraverso la predisposizione di un documento alternativo, il c.d. regolamento d'azienda. Peraltro, il rispetto da parte del lavoratore delle disposizioni riguardanti la disciplina nei luoghi di lavoro

¹²⁶ S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHELINGER, *sub art. 2106 c.c.*, Giuffrè, 2002, P. 309.

¹²⁷ In tal senso G. DONDI, *Le sanzioni disciplinari*, in *Giur. it.*, IV, 1990, p. 56; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Vol. II, Cedam, p. 164; contra M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996, p. 362, il quale ritiene troppo rigida l'impostazione che conduce alla nullità dell'atto in quanto sarebbe irragionevole estendere alle sanzioni minori un vizio che per la sanzione maggiore del licenziamento è utilizzata solo in caso di licenziamento discriminatorio.

¹²⁸ M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996, p. 160.

è strettamente collegato alla corretta esecuzione della prestazione lavorativa, rispondendo all'interesse diretto del datore di lavoro alla organizzazione e coordinazione delle prestazioni dedotte in contratto; si tratta di comportamenti strettamente collegati all'oggetto dell'obbligazione e quindi la specificazione di tali condotte nei codici disciplinari rivela unicamente la necessaria estensione della competenza negoziale rispetto all'intero novero dei comportamenti richiesti dell'obbligazione di lavoro dedotta in contratto, ma solo nei limiti in cui tali comportamenti risultino esigibili sul piano contrattuale ovvero vengano ad incidere su taluno degli elementi del rapporto, *in primis* il vincolo fiduciario. L'inclusione di tali condotte relative alla disciplina tra le condotte vietate dal codice disciplinare sembra possibile nella misura in cui esse incidano sull'interesse datoriale alla corretta esecuzione della prestazione, incontrandone gli stessi limiti di esigibilità.

La regola della necessaria predeterminazione del codice disciplinare è chiaramente preordinata a ridurre gli spazi di discrezionalità e arbitrio del datore di lavoro, impedendogli di creare volta in volta il precetto, successivamente al fatto oggetto della sanzione, e risponde all'esigenza di conoscibilità delle infrazioni e dalla loro sanzionabilità in via preventiva da parte del lavoratore¹²⁹. Ciò ha indotto parte della dottrina a richiamare la piena operatività del principio di legalità formale espresso nel brocardo latino "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". In sintonia con questa prospettiva, un primo orientamento della giurisprudenza aveva avallato un'interpretazione rigorosa del canone di tassatività della fattispecie, richiedendo l'individuazione analitica delle condotte illecite¹³⁰. La dottrina ha progressivamente adottato un approccio improntato ad una maggiore elasticità, in base al quale, la norma disciplinare non crea l'illecito ma soltanto determina il collegamento della sanzione al fatto e in virtù di questo l'esigenza della precisa e preliminare individuazione di ogni fatto o comportamento qualificabile come infrazione disciplinare può intendersi soddisfatta già mediante la determinazione di categorie di fatti sanzionabili. Le previsioni del codice, dunque, risultano esemplificative di categorie di condotte vietate, rispetto alle quali, attraverso un processo di

¹²⁹ F. MIANI CANEVARI, *Codice disciplinare e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1986, I, p. 128.

¹³⁰ Cfr. Cass. 24 maggio 1985, n. 3157, che afferma con rigore l'esigenza di una «specifica predeterminazione di ciascuna sanzione applicabile ad ogni ipotesi di infrazione, dichiarando espressamente che il criterio della gravità dell'illecito, di cui all'art. 2106 c.c., deve ritenersi sicuramente superato dalla garanzia introdotta dall'art. 7 statuto dei lavoratori. Non può essere quindi sufficiente che ciascuna sanzione sia correlata alle infrazioni previste alla stregua del criterio della minore o maggiore gravità di queste, perché tale criterio si risolverebbe in un difetto di cognizione, in via preventiva da parte del lavoratore, della sanzione applicabile alle diverse infrazioni e nella possibilità di arbitrio da parte del datore di lavoro di considerare *ex post* più o meno grave l'infrazione commessa, indipendentemente anche dalla specie di essa».

sussunzione dotato di specificazione, è possibile ascrivere ad infrazione la concreta condotta del lavoratore. Se così non fosse, come è stato osservato in dottrina¹³¹, il potere disciplinare rischierebbe «una vera e propria paralisi», scaturita dall'impossibilità di contemplare nel codice tutte le possibili condotte illecite. È peraltro sempre bene tenere presente che tanto più generica è la definizione della fattispecie di comportamenti disciplinarmente rilevanti, sia per quanto riguarda l'identificazione del bene o dell'interesse che si intende proteggere, sia per quanto attiene agli elementi soggettivi e le forme della condotta illecita, tanto meno è possibile una valutazione preventiva, ad opera del codice disciplinare, della gravità della mancanza e quindi una predeterminazione della sanzione da applicare. Più che superato dalla autolimitazione del potere datoriale attraverso la codificazione disciplinare, il fondamentale criterio di proporzionalità *ex art. 2106* riceve da questa propri ed effettivi contenuti in sede di verifica di legittimità della sanzione irrogata, assumendo grandissima importanza l'identificazione dello specifico interesse protetto, circoscrivendo il rischio di una arbitraria dilatazione dell'area dei doveri di lealtà e collaborazione e fornendo un concreto dato oggettivo cui commisurare i vari aspetti del comportamento illecito, certamente significativi per stabilire la sanzione congrua, ma non classificabili in via generale¹³². La giurisprudenza della corte di Cassazione si è attestata su di una applicazione ancora meno rigorosa di un principio di tipicità che potremmo definire «affievolito»¹³³: si ritiene che il codice disciplinare non debba necessariamente contenere una precisa e sistematica previsione delle singole infrazioni, delle loro varie graduazioni e delle corrispondenti sanzioni, essendo invece sufficiente per la sua validità che esso sia redatto in forma che renda chiare le ipotesi di infrazione, sia pure dandone una nozione schematica e non dettagliata delle varie e prevedibili possibili azioni del singolo e che indichi, in corrispondenza, le previsioni sanzionatorie, anche se in maniera ampia e suscettibile di adattamento secondo le effettive e concrete inadempienze¹³⁴. In particolare, si ritiene che le infrazioni debbano essere catalogate per

¹³¹ G. DONDI, *Le sanzioni disciplinari*, in *Giur. it.*, IV, 1990, p. 49; F. MIANI CANEVARI, *Codice disciplinare e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1986, I, p. 129; M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996, p. 596 ss.

¹³² F. MIANI CANEVARI, *Codice disciplinare e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1986, I, p. 131.

¹³³ G. AMOROSO, *Sanzioni disciplinari*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Vol. II, 3° ed, Milano, 2009, p. 742.

¹³⁴ Cfr. *ex plurimis* Cass. 25 ottobre 2011, n. 22129, in www.adapt.it; Cass. 27 maggio 2004, n. 10201, in *Mass. giur. it.*, 2004; Cass. 11 dicembre 1995, n. 12686, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 844, con nota di C. FALERI. Vedi anche Cass. 18 luglio 1985, n. 4247, in *Foro it.*, 1986, I, p. 128, con nota di F. MIANI CANEVARI, *Codice disciplinare e principio di legalità*. Una giurisprudenza minoritaria ha prestato, invece, maggiore

gruppi suscettibili di medesima sanzione, rispetto alla quale consentire al datore di lavoro una scelta tra un minimo ed un massimo edittale o tra due diverse sanzioni, a seconda della gravità del comportamento.

La prima finalità cui risponde il 1° comma dell'art. 7 St. lav. è, dunque, quella di eliminare dubbi circa i tipi e l'estensione dei doveri di comportamento, nonché le possibili pene da infliggere nell'ipotesi di inosservanza, con l'obiettivo di contrastare la prassi del precetto a posteriori da parte del titolare del potere. L'articolo, testualmente, prevede che le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere poi portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo pubblico. La disposizione mira con tutta evidenza a soddisfare l'esigenza di conoscibilità dei modelli comportamentali integranti infrazione e delle relative sanzioni previste. La duplice condizione appena richiamata vuole introdurre un principio di certezza nel rapporto disciplinare, limitando l'arbitrio di una parte e ponendo rimedio alla scarsa determinatezza che caratterizza di solito i doveri di comportamento¹³⁵. Il canone di pubblicità diventa dunque un corollario del principio di legalità e tipicità delle sanzioni, tant'è che la mancata osservanza della pubblicazione del codice disciplinare nella forma prevista dalla legge comporta la nullità dell'infrazione irrogata, dovendosi escludere anche la possibile reiterazione del procedimento a carico del lavoratore.

La questione su cui si sono concentrate dottrina e giurisprudenza riguarda prevalentemente il concetto di "accessibilità", che è stato interpretato nel senso che il luogo di affissione sia ordinariamente frequentato dai lavoratori, secondo una valutazione ragionevole che tenga conto della specificità dei vari contesti lavorativi e senza che ai lavoratori possa essere richiesta una attività gravosa ed esulante dal normale impegno richiedibile, in forza dei

attenzione ai limiti posti dallo Statuto, prediligendo una rigorosa applicazione della norma statutaria anche nei confronti della fonte collettiva; esemplificativa è in tal senso Cass. 9 agosto 1996, n. 7370, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 556, con nota di S. BERTOCCO, *Elasticità o tassatività del codice disciplinare*, secondo la quale «il datore di lavoro può adottare una sanzione disciplinare solo se la contrattazione collettiva gli riconosca in tale caso l'esercizio del potere. L'assoluta genericità del contratto collettivo di categoria e la mancata possibilità di far rientrare la condotta del lavoratore tra quei comportamenti manifestamente contrari all'interesse dell'impresa o dei lavoratori, per i quali non è necessaria la specifica inclusione nel codice disciplinare, esclude l'applicazione di una qualsiasi sanzione disciplinare. La totale mancanza di predeterminazione produce, come effetto ulteriore, l'inevitabile applicazione anche del principio di proporzionalità, posto che, in tal caso, il potere disciplinare del datore di lavoro finisca coll'essere in tal caso esercitabile anche senza limiti e ragionevolezza».

¹³⁵ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, p. 165.

doveri di diligenza e buona fede, idoneo allo scopo¹³⁶. La possibilità di recarsi nei locali deve essere effettiva, non meramente teorica, e perciò rientra nel libero accesso anche la comodità di accesso, pur non esistendo un obbligo di affissione in un luogo in cui i dipendenti debbano passare necessariamente¹³⁷. Sul punto, in giurisprudenza, riguardo a una fattispecie in cui un corpo dei vigili giurati aveva affisso il codice disciplinare nell'autoparco a lato della bacheca sindacale, si è affermato la non validità ai sensi dell'art. 7, 1° comma St. lav., dell'«affissione del codice contenente le norme disciplinari effettuata in un luogo che risulti non accessibile a tutti i lavoratori e che, a causa degli ostacoli ivi presenti e della scarsa illuminazione, non sia idoneo a consentire l'agevole conoscibilità e consultabilità delle norme suddette da parte dei lavoratori»¹³⁸. Si è anche affermato che non soddisfa i requisiti della previsione normativa l'affissione delle disposizioni disciplinari in una bacheca di una sola organizzazione sindacale anziché in un comune spazio aziendale, dato che non verrebbe in questo modo assicurata la percezione della provenienza della disciplina da parte del datore di lavoro¹³⁹. Inoltre, parte della dottrina¹⁴⁰, ha correttamente affermato che, qualora l'azienda sia articolata in più unità produttive, l'affissione dovrà essere effettuata in ognuna di esse, così come confermato successivamente anche dalla giurisprudenza¹⁴¹. In dottrina, si è posta poi l'interessante questione se al requisito dell'affissione in luogo accessibile a tutti possa aggiungersi quello della redazione del regolamento anche in una lingua accessibile a tutti. Al riguardo, si è osservato che la sempre più numerosa presenza in alcune aziende italiane di operai stranieri i quali, almeno nelle fasi iniziali del loro soggiorno per lavoro nel nostro paese, normalmente non ne conoscono la lingua, consiglia che in queste aziende il regolamento disciplinare sia redatto e affisso anche in una lingua a loro comprensibile, soprattutto quando il numero dei lavoratori stranieri sia particolarmente elevato in rapporto alla popolazione aziendale¹⁴².

¹³⁶ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 119.

¹³⁷ Cfr. Cass. 8 ottobre 2007, n. 20733, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 417 ss., con nota di D. SCIME', *Sulle modalità di affissione del codice disciplinare*.

¹³⁸ Pret. Firenze 28 marzo 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 294., con nota di D. CAGETTI, *Sull'affissione del c.d. codice disciplinare aziendale*.

¹³⁹ Pret. Roma 9 febbraio 1993, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1994, p. 952.

¹⁴⁰ L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, p. 86.

¹⁴¹ Cfr. Cass. 10 gennaio 2007, n. 247, in *Nuovo rep. giur. lav.*, 2006-2007, voce 88, mass. 33.

¹⁴² P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2003, p. 334.

Prevalentemente, si ritiene che l'affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti costituisca una imprescindibile condizione legittimante l'adozione della procedura disciplinare solo se si verta in tema di sanzioni conservative, poiché in questo caso opererebbe con maggiore pregnanza il principio di legalità quale presupposto necessario di quello di pubblicità. Per la giurisprudenza prevalente, il regime di pubblicità previsto dal legislatore è inderogabile non solo quando l'infrazione si identifica con la violazione di prescrizioni inerenti all'organizzazione aziendale, ma anche quando riguarda un comportamento chiaramente contrario agli interessi dell'azienda. E questo perché «a fronte di un potere disciplinare solo genericamente previsto dall'art. 2106 c.c., sussiste, per il suo esercizio in concreto, l'esigenza della predeterminazione di una normativa secondaria di integrazione e specificazione con conseguente onere della pubblicità della stessa, solo così potendo trovare piena attuazione il summenzionato principio di legalità, al quale conformemente al principio sovraordinato *ex art. 25 Costituzione*, l'articolo citato ha inteso conferire effettività anche con riferimento alla comunità di impresa al fine di precludere al datore di lavoro di stabilire “di volta in volta” e “caso per caso” la sussistenza dell'infrazione e di scegliere discrezionalmente (e quindi arbitrariamente) la sanzione ritenuta applicabile»¹⁴³. Ancora più esplicitamente, in alcune sentenze la Cassazione ha affermato che il principio secondo cui l'onere di redazione ed affissione del codice disciplinare non può estendersi a quei fatti il cui divieto risiede non già nelle fonti collettive o nelle determinazioni del datore di lavoro, bensì nella coscienza sociale quale minimo etico, è applicabile solo alle sanzioni espulsive e non anche a quelle conservative, per le quali il potere disciplinare del datore di lavoro è solo genericamente previsto dall'art. 2106 c.c. ed esige necessariamente, per il suo concreto esercizio, la predisposizione di una normativa secondaria, cui corrisponde l'onere della pubblicità¹⁴⁴. Più di recente, però, la Cassazione ha mutato orientamento, stabilendo che anche relativamente alle sanzioni conservative non è necessaria l'affissione del codice disciplinare in tutti i casi nei quali il comportamento sanzionatorio sia immediatamente percepibile dal lavoratore come illecito, in quanto contrario al c.d. minimo etico o a norme di rilevanza penale. Ciò in considerazione del fatto che il lavoratore può rendersi conto dell'illiceità della propria condotta anche al di là di una analitica predeterminazione dei comportamenti vietati e delle

¹⁴³ Cass. 27 maggio 2004, n. 10201, in *Mass. giur. it.*, 2004.

¹⁴⁴ *Ex plurimis* Cass. 3 ottobre 2007, n. 20724, in *Mass. giur. it.*, 2007; Cass. 19 dicembre 2006, n. 27104, in *Notiziario giur. lav.*, 2007, p. 214; Cass. 13 settembre 2005, n. 18130, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, p. 597.

relative sanzioni; dovendosi anche considerare contraddittorio affermare la sussistenza di un interesse del lavoratore ad essere preventivamente edotto della possibilità di essere destinatario di una sanzione conservativa per i detti comportamenti e negarla in presenza di sanzioni ben più afflittive come quelle espulsive¹⁴⁵.

Quest'ultima posizione assunta dalla Suprema Corte si espone però a delle critiche. Se non è messa in discussione la possibilità per il lavoratore di individuare le condotte vietate e sanzionabili, si può però rilevare che è più semplice individuare fatti particolarmente gravi e quindi comportanti senza dubbio l'applicazione di una sanzione, spesso esclusiva, rispetto a comportamenti meno gravi e che nella generalità dei casi vengono puniti con sanzioni conservative¹⁴⁶. Inoltre, come è stato condivisibilmente affermato, una tale impostazione postulante l'estensione della non obbligatorietà dell'affissione in relazione a tutte le infrazioni direttamente percepibili dal lavoratore sembra non tenere adeguatamente conto del fatto che «le formule legislative che delineano il licenziamento come *extrema ratio* assicurano circa il fatto che esso è rimedio comunque circoscritto ad inadempimenti che, già alla stregua della sensibilità comune, risultano particolarmente gravi»¹⁴⁷.

Una questione interpretativa rilevante attiene alla derogabilità o meno della regola dell'affissione, se cioè la stessa abbia natura esclusiva o se siano invece ammissibili altri mezzi di pubblicità equipollenti. In un sistema in cui la pubblicità è dunque la conoscibilità della disciplina è requisito essenziale della validità della stessa, è indispensabile individuare con precisione gli strumenti di cui il datore di lavoro può servirsi per rendere conoscibile il codice disciplinare. Dopo una prima fase di tentennamenti¹⁴⁸, le Sezioni Unite della

¹⁴⁵ Cass. 27 gennaio 2011, n. 1926, in *C.E.D.*; Cass. 2 settembre 2004 n. 17763, in *Guida al lavoro*, 2004, n. 45, p. 53; implicitamente anche Cass. 10 maggio 2010, n. 11250, in *C.E.D.*, ove si afferma che «l'affissione del codice disciplinare costituisce requisito essenziale per la validità del licenziamento (o comunque della applicazione della sanzione disciplinare) soltanto quando questo costituisca la sanzione per l'infrazione ad una disposizione corrispondente ad una esigenza peculiare dell'azienda».

¹⁴⁶ In dottrina, vedi ad es. G. DONDI, *Le sanzioni disciplinari*, in *Giur. it.*, IV, 1990; L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 125.

¹⁴⁷ G. DONDI, *Le sanzioni disciplinari*, in *Giur. it.*, 1990, IV, p. 52.

¹⁴⁸ Per una interpretazione "sostanzialistica" in giurisprudenza si veda ad es. Cass. 20 ottobre 1978, n. 4754, in *Riv. giur. lav.*, 1979, p. 660, in cui si afferma che «l'onere di affissione è connesso al regime di autonomia negoziale, collettivo o individuale, e costituisce una formalità inerente a comportamenti dovuti sia dal datore di lavoro che dal lavoratore nell'ambito del contenuto contrattuale». Nell'ambito dell'autonomia privata, per il principio di libertà delle forme, quando la legge non subordina espressamente all'esperimento della forma pubblicitaria il conseguimento degli effetti tipici dell'atto, tale forma non ha valore costitutivo di carattere esclusivo, ma ammette la possibilità di mezzi equivalenti che consentono la possibilità di conoscenza ai destinatari». In dottrina, vedi G. PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di C. ASSANTI – G. PERA, Padova, 1972, *sub art.* 7, p. 80.

Cassazione, con sentenza del 5 febbraio 1988, n. 1208, hanno fatto proprio l'orientamento più rigido, di carattere formale¹⁴⁹, sancendo l'indefettibilità dell'onere di affissione, in ragione, oltre che del tenore letterale della norma, di una interpretazione dell'art. 7, 1° comma, St. lav., che fa leva sulla dimensione collettiva del rapporto disciplinare negli aspetti regolati dalla disposizione statutaria, la cui *ratio* sarebbe riconducibile ad una logica dell'organizzazione aziendale complessivamente intesa e non già ad una prospettiva meramente individualistica¹⁵⁰. Il regime di pubblicità previsto si dispiega nei confronti del complesso dei lavoratori occupati in azienda ed è funzionale ad un modello di apprendimento paritario, con la conseguente inidoneità di mezzi comunicativi diversi, come la consegna del codice disciplinare al lavoratore all'inizio del rapporto di lavoro o con la sua distribuzione insieme al contratto collettivo in occasione del rinnovo dello stesso. Il che si spiega in ragione del fatto che il legislatore medesimo non ha inteso imporre l'adempimento formale della consegna di un documento, che il lavoratore potrebbe smarrire o non consultare, bensì l'affissione del codice in posizione idonea a collocarlo quotidianamente sotto gli occhi di tutti¹⁵¹.

¹⁴⁹ Le motivazioni poste a fondamento dell'indirizzo formale sono diverse. Alcuni autori hanno ritenuto che, essendo l'affissione presupposto necessario per l'esercizio del potere disciplinare, essa costituisca una forma di pubblicità costitutiva non sostituibile con mezzi equipollenti (L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il potere disciplinare dell'imprenditore*, in *Dir. Lav.*, 1971, I, p. 262; L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, p. 166; A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971, p. 24; V. SPEZIALE, *L'affissione del codice disciplinare ed i «mezzi equipollenti» di pubblicità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, II, pp. 438-443). Altri, invece, hanno motivato l'insostituibilità sostenendo la tipicità dell'affissione che il fine della pubblicità prevista dalla norma è quello di consentire ai lavoratori di discutere delle sanzioni collettivamente (C. ASSANTI, *Studio sull'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Orient. Giur. lav.*, 1971, p. 305; R. BORTONE, *Sub art. 7 St. lav.*, in A.A.V.V., *Lo Statuto dei lavoratori: commentario*, diretto da G. GIUGNI, Giuffrè, 1979, p. 63).

¹⁵⁰ Cass. 5 febbraio 1988, n. 1208, in *Mass. giur. lav.* 1988, p. 292: «Se è vero che il codice disciplinare aziendale è atto unilaterale ricettizio con funzione normativa, e se la destinataria del codice è la stessa collettività indeterminata - anche perché continuamente variabile - dei lavoratori, ne consegue che in tanto esso produrrà effetti in quanto sia stato reso noto o conoscibile alla collettività cui è destinato; senza tale conoscibilità il codice disciplinare è improduttivo di effetti in quanto giuridicamente inesistente. Ne consegue che l'opzione del legislatore a favore dell'affissione, rispetto ad altri ipotizzabili mezzi di esteriorizzazione di carattere individuale (come ad es., la consegna ai dipendenti dell'intero testo contrattuale o di un estratto contenente le sole disposizioni in materia disciplinare), non è arbitraria, né meramente indicativa ma prescrittiva ed esclusiva, in quanto trova la sua *ratio* nella natura e nella funzione cui l'atto si riferisce. Peraltro, la tesi secondo cui l'affissione va considerata come il mezzo esclusivo di cognizione del codice disciplinare non può essere inficiata dal richiamo al generale principio di libertà delle forme, posto che l'interpretazione letterale e sistematica del disposto di cui all'art. 7 statuto dei lavoratori, induce a ritenere che a detto principio si sia voluto derogare. Né possono venire in questione, al fine dell'efficacia delle norme disciplinari, mezzi di comunicazione del codice disciplinare diversi dall'affissione, ogni qualvolta, come nel caso in esame, essi riguardino i lavoratori individualmente considerati e non la collettività dei dipendenti».

¹⁵¹ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2003, p. 331.

Una breccia in questa rigida impostazione è stata aperta nel settore pubblico dalla nuova disciplina introdotta dal d.lgs. 150/2009, il cui art. 68, 2° comma, ultimo periodo, dispone che «la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare [...] equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro». La pubblicazione sul sito *web* della pubblica amministrazione è elevata ad una forma di conoscibilità del codice, parificata in tutto e per tutto all'affissione prevista dall'art. 7, St. lav. Al riguardo è intervenuta anche una circolare del Dipartimento della Funzione pubblica, la circ. 23 dicembre 2010, n. 14. Da quest'ultima emerge la consapevolezza della difficoltà di sostituire totalmente l'affissione. Essa quindi dispone che «le amministrazioni potranno completamente sostituire la pubblicità tramite affissione con la pubblicazione *online* solo qualora l'accesso alla rete internet sia consentito a tutti i lavoratori, tramite la propria postazione informatica». E suggerisce inoltre di pubblicare il codice, «con adeguato risalto e indicazione puntuale della data, oltre che sull'*home page internet* anche di quella *intranet* dell'amministrazione [...] al fine di assicurarne la massima visibilità e conoscibilità». La *ratio* della pubblicità del codice è quella di rendere edotti i lavoratori delle infrazioni disciplinari e delle relative sanzioni. Quindi, nel caso di dipendenti per i quali non risulti agevole il reperimento *online* del codice, la pubblicazione telematica non sarà sufficiente.

Peraltro, il ricorso agli strumenti telematici, anche se ispirato ad evidenti logiche di modernizzazione dell'apparato amministrativo, evoca inevitabilmente qualche riflessione sul disagio in ordine a quelle sempre più diffuse situazioni individuali di mancato collegamento fisico del lavoratore con la struttura aziendale ove il codice risulta affisso, evidenziando la necessità, in talune ipotesi, di individuare forme equipollenti di pubblicità in grado di garantire meglio il conseguimento di detto obiettivo, al fine di evitare il paradossale risultato di un codice regolarmente affisso, ma la cui conoscibilità sia messa in discussione dalle particolari modalità di svolgimento del rapporto. Si pensi, ad esempio, al caso dei telelavoratori, rispetto ai quali si è rilevata l'impossibilità di procedere all'affissione in luogo accessibile a tutti, allorquando essi non prestino la propria attività lavorativa nella stessa unità produttiva decentrata dell'impresa, ritenendosi difficile che l'onere di pubblicità possa ritenersi soddisfatto in occasione dei rientri periodici in azienda. Ma si pensi anche all'istituto della somministrazione di lavoro che, stante la dissociazione tra datore di lavoro

“formale” – il somministratore – e datore di lavoro “sostanziale” – l’utente – pone ancora più a monte il problema della stessa individuazione del codice da pubblicare. Ad ogni modo, la soluzione telematica adottata dal legislatore per il solo settore pubblico potrebbe fornire interessanti spunti di riflessione, sembrando garantire una migliore conoscibilità del codice in tutte quelle ipotesi in cui il collegamento fisico tra lavoratore e struttura aziendale risulti problematico, come nei casi sopra menzionati¹⁵² e nei confronti di altre tipologie di lavoratori che hanno un rapporto saltuario o inesistente con la sede principale o con altre sedi dell’azienda (es. viaggiatori, rappresentanti, trasferisti abituali). In questi casi, si è ritenuto insufficiente l’obbligo di affissione, sul presupposto dell’impossibilità di individuare uno specifico luogo di lavoro del singolo dipendente¹⁵³. La norma, infatti, parla di «luogo accessibile a tutti», il che non può che essere interpretato nel senso della effettività dell’accessibilità, per cui ove la stessa sia esclusa in relazione a particolari modalità della prestazione, non può ritenersi adempiuto l’onere previsto dalla legge. In tale ipotesi, la consegna individuale del codice disciplinare viene pertanto a costituire per l’imprenditore un atto dovuto e non una sua facoltà, dovendosi ritenere la conoscibilità effettiva della normativa come un presupposto indefettibile per l’esercizio del potere disciplinare, con la conseguenza che costituirà un preciso onere dell’imprenditore realizzare la concreta possibilità di tale conoscenza, ove l’organizzazione aziendale renda impraticabile il sistema previsto dallo Statuto¹⁵⁴. In questi casi la normale affissione fornirà la garanzia dell’imparzialità ed oggettività della normativa disciplinare, mentre la consegna del codice disciplinare, ai singoli dipendenti non addetti alla sede, assolverà alla funzione di conoscibilità della normativa, esigenza, quest’ultima, parimenti perseguita dalla norma.

Una soluzione alternativa, favorita dall’abnorme utilizzo di strumenti informatici anche sui luoghi di lavoro e dalla predisposizione sempre più frequente di siti aziendali, è stata in alcuni casi essere mutuata dall’esperienza delle pubbliche amministrazioni iniziata con il decreto Brunetta. Se la finalità dell’affissione è quella di garantire non solo una iniziale conoscenza di infrazioni e sanzioni, bensì quella di avere una costante informazione del codice disciplinare su cui commisurare il proprio comportamento in azienda, in una realtà

¹⁵² C. LAZZARI, *Il codice disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Utet, 2012, p. 69.

¹⁵³ In tal senso Pret. Milano 23 marzo 1976, in *Orient. giur. lav.* 1976, p. 342.

¹⁵⁴ Cfr. M. MEUCCI, *Il contenuto e la pubblicità del codice disciplinare*, in *Confronti e Intese*, rivista del Sinfub, n. 3/1997, disponibile con aggiornamenti a www.dirittolavoro.altervista.org,

peraltro estremamente dinamica¹⁵⁵, la pubblicazione *online* su mezzi accessibili al lavoratore dalla propria postazione di lavoro sembra funzionale alla richiamata esigenza, nel recupero di una visione sostanzialistica che, mettendo in secondo piano le formalità, mira più *concretamente* al raggiungimento dello scopo della conoscibilità della normativa disciplinare, anche attraverso l'utilizzo di mezzi equivalenti. In questa ottica la pubblicazione *online* del codice disciplinare rappresenta una modernizzazione della distribuzione e consegna a mano del contratto collettivo e permette al lavoratore una ampia "accessibilità" in ogni momento, ricordando, come chiarito dalla summenzionata circolare per il settore pubblico, che la pubblicazione *online* potrà sostituire integralmente l'affissione quando l'accesso alla rete *internet* sarà consentito a tutti i lavoratori tramite la propria postazione informatica.

2.4. Il principio di proporzionalità

Il principio di proporzionalità, abbiamo detto, costituisce un canone fondamentale posto a presidio del legittimo esercizio del potere disciplinare affinché la reazione sia adeguata alla rilevanza della infrazione: se l'interesse sotteso alla titolarità del potere disciplinare è il ripristino dell'ordine violato, allora il suo esercizio non potrà che essere commisurato alla gravità di tale violazione e quindi alla concreta infrazione addebitata al dipendente. In dottrina si è affermato che «il potere disciplinare non è incondizionato, ma lo stesso art. 2106 c.c. lo affida all'articolazione e alla graduazione che ne farà la contrattazione collettiva, limitandosi a stabilire il criterio che deve presiedere questa articolazione, e cioè il criterio di proporzionalità fra illecito disciplinare e reazione dell'ordinamento, ossia la sanzione. Criterio che va sempre tenuto presente perché idoneo a determinare, a certe condizioni, il cattivo esercizio del potere disciplinare e quindi la conseguente invalidità della sanzione disciplinare irrogata in violazione di esso»¹⁵⁶.

Sul piano applicativo, uno dei criteri principali utilizzati al fine dell'apprezzamento della proporzionalità consiste nell'attenta ricostruzione dell'intera vicenda che caratterizza gli episodi contestati al lavoratore, che tenga conto delle circostanze oggettive e della personalità e dei motivi di ordine psicologico che ne hanno ispirato il comportamento. L'insieme degli

¹⁵⁵ V. SPEZIALE, *L'affissione del codice disciplinare ed i «mezzi equipollenti» di pubblicità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, II, p. 440.

¹⁵⁶ G. GAETA, *Brevi note in materia di licenziamento disciplinare*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, p. 503.

elementi concorre nella identificazione degli estremi soggettivi e oggettivi qualificanti il comportamento scrutinato, con specifico riferimento al grado di volontarietà della condotta e alla sua incidenza sull'organizzazione produttiva, componendo un quadro di insieme volto ad offrire un obiettivo metro di valutazione in ordine alla rispondenza in termini di congruità della sanzione. Sull'importanza della valutazione dell'elemento soggettivo, la giurisprudenza ha rilevato, con riguardo a una vicenda in cui un dipendente di un gestore di telefonia aveva posto sotto controllo il telefono della moglie separata al fine di salvare dalla droga il figlio a lei affidato, che è illegittimo il licenziamento disciplinare comminato senza la valutazione, in punto di proporzionalità, dei moventi della condotta e delle particolari circostanze della realizzazione del comportamento¹⁵⁷.

Come giustamente affermato dalla Cassazione con sentenza 22 giugno 2009, n. 14586 (in *Not. giur. lav.*, 2009, p. 624), «in caso di licenziamento per giusta causa, ai fini della proporzionalità tra fatto addebitato e recesso, viene in considerazione ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali essendo determinante, ai fini del giudizio di proporzionalità, l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformandoli con il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza. Spetta al giudice di merito valutare la congruità della sanzione espulsiva sulla base di una valutazione astratta del fatto addebitato, ma tenendo conto di ogni altro aspetto concreto della vicenda processuale che, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico, risulti sintomatico della sua gravità rispetto ad un'utile prosecuzione del rapporto di lavoro, assegnandosi a tal fine preminente rilievo alla configurazione che delle mancanze addebitate faccia la contrattazione collettiva, ma pure all'intensità dell'elemento intenzionale, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni svolte dal dipendente, alle precedenti modalità di attuazione del rapporto (ed alla sua durata ed all'assenza di precedenti sanzioni), alla sua particolare natura e tipologia»¹⁵⁸. È evidente che non ogni comportamento possa consentire il

¹⁵⁷ Cass. 4 dicembre 1995, n. 12484, in *Mass. giur. it.*, 1995.

¹⁵⁸ Nel caso di specie, la Cassazione ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto giustificato il licenziamento intimato ad un lavoratore, la cui condotta aveva determinato il blocco di breve durata delle

licenziamento che, infatti, deve considerarsi *extrema ratio* e, in quanto tale, validamente adottabile solo ove sia impossibile una prosecuzione, anche temporanea, del rapporto di lavoro per essere venuto meno, ad esempio, il vincolo fiduciario. In applicazione di tale principio, è stato, ad esempio, ritenuto illegittimo il licenziamento intimato a causa di una baruffa tra colleghi della durata di qualche minuto¹⁵⁹. Nella valutazione dell'elemento psicologico, è necessario tenere presente che il licenziamento è una sanzione che può privare il lavoratore e la sua famiglia dei mezzi sufficienti all'esistenza e che perciò deve perseguire illeciti di proporzionata gravità e non fatti che, oltre a recare un tenue danno patrimoniale al datore di lavoro, non sono destinati a ripetersi una volta contestati e puniti con una sanzione disciplinare conservativa¹⁶⁰.

Nella valutazione della gravità della mancanza sul piano disciplinare, come si è già visto, assumono rilievo limitato l'entità del danno e persino la sua sussistenza o no. Allo stesso modo, è da sempre pacifico che possa influire sulla gravità della mancanza, e quindi della sanzione, il grado di professionalità del lavoratore, desumibile anche dalla retribuzione riconosciutagli¹⁶¹, l'eventuale negligenza del datore di lavoro nell'informarlo circa le modalità

macchine e l'abbandono momentaneo del posto di lavoro in orario notturno, senza considerare la permanenza del lavoratore nei locali aziendali a breve distanza dalla postazione di lavoro, l'assenza di danno per l'attività produttiva, la lunga durata del rapporto e la mancanza di precedenti disciplinari. Vedi anche Cass. 19 agosto 2004, n. 16260, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 7-8; Cass. 9 novembre 2000, n. 14551, in *Foro it.*, 2001, I, p. 95.

¹⁵⁹ Cass. 13 aprile 2010, n. 8737, in *C.E.D.*, in cui la Corte ha confermato l'illegittimità della sanzione espulsiva, in quanto mancante di proporzionalità in relazione ad una semplice baruffa, di breve durata, di natura sporadica e conclusasi con la riconciliazione tra i due colleghi, senza che questa abbia prodotto ulteriori conseguenze.

¹⁶⁰ Cfr. Cass. 25 maggio 1995, n. 5753, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 153, con nota di M. PAPALEONI, *Opinabilità del concetto di giusta causa di licenziamento e strabismo della Corte di Cassazione*, in cui la mancanza contestata al lavoratore, propagandista di medicinali, consiste nell'aver esibito al datore di lavoro una documentazione non veritiera circa le spese di viaggio sostenute al fine di lucrarne la differenza. La corte, in questo caso, sembra assumere quale criterio di valutazione dell'idoneità della mancanza a legittimare un licenziamento per giusta causa il criterio di proporzionalità del danno che la mancanza ha arrecato al datore di lavoro rispetto al pregiudizio che il licenziamento reca al lavoratore e alla sua famiglia «privandoli dei mezzi sufficienti all'esistenza». Nella sentenza Cass. 25 maggio 1995, n. 5742, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 153, con medesima nota di M. PAPALEONI, invece, la Corte ha confermato la sentenza di merito che respingeva l'impugnazione del licenziamento per un addetto alla cassa di un ristorante che aveva fatto figurare sulla "madre" della ricevuta relativa ad una consumazione un importo inferiore rispetto a quello indicato sulla "figlia" della stessa ricevuta consegnata al cliente. Pur riconoscendo in entrambi i casi l'integrazione della fattispecie di truffa, nella sentenza n. 5753 la Corte ha confermato la sentenza di merito che accoglieva l'impugnazione del licenziamento, enunciando esplicitamente il principio per cui l'illecito penalmente rilevante commesso ai danni del datore di lavoro può non giustificare il licenziamento.

¹⁶¹ Dal Massimario di E. Redenti, cit. nella nota 1, p. 101, al § 340: «Se la tenuità del salario attribuito all'operaio dimostri che l'industriale non poteva e non doveva fare illimitato assegnamento sulla sua abilità, egli non può renderlo responsabile per intero della imperfezione con cui il lavoro affidatogli venne eseguito, tanto più se risulti che egli si era riservato di dare misure e tracciati del lavoro, che l'operaio doveva eseguire»; e ancora: «La meschinità della paga dell'operaio [...] esclude la responsabilità di costui per guasti cagionati alla macchina, cui era addetto» (ivi, § 326; v. anche, nello stesso senso, §§ 327, 328).

dovute di esecuzione della prestazione o nella sorveglianza¹⁶², talora anche la giovane età¹⁶³, quella avanzata, o lo squilibrio tra il compito assegnato al lavoratore e le sue capacità psico-fisiche¹⁶⁴.

In stretta connessione col principio di proporzionalità vi è quello della graduazione della sanzione. Purché sia rispettato il principio di proporzionalità, la graduazione della sanzione è rimessa, in difetto di disciplina collettiva sul punto, alla discrezionalità del datore di lavoro. La graduazione delle sanzioni conservative rientra nel potere organizzativo dell'imprenditore, quale aspetto del potere di iniziativa economica privata, tutelato dall'art. 41 Costituzione, onde essa è bensì sottoposta al controllo dell'autorità giudiziaria, ma solo nel caso in cui non sia possibile comprendere le ragioni che ne sono alla base né risulti la manifesta irragionevolezza o illegittimità¹⁶⁵.

2.4.1. L'importanza della recidiva nella determinazione della sanzione

Ruolo chiave nella determinazione della sanzione da irrogare è svolto dall'istituto della recidiva.

L'art. 7, 8° comma, infatti, riconosce la facoltà di aggravare la pena per effetto della reiterazione degli illeciti disciplinari però istituisce un limite temporale biennale entro cui il precedente può essere rilevato. In dottrina c'è chi ha affermato che la previsione di detto limite temporale ha assicurato al lavoratore un preventivo abbuono delle sanzioni, in maniera da evitare il pericolo che la scheda personale del lavoratore medesimo risulti pregiudicata in via duratura da condotte ormai esaurite nel tempo¹⁶⁶.

Il legislatore però non vieta al datore di lavoro di considerare anche fatti non contestati che si collocano a distanza anche superiore a due anni, assumendo questi il valore di circostanze confermatrici della significatività di altri addebiti posti a base della sanzione, al

¹⁶² «Gli operai che assumono a cottimo un dato lavoro di costruzione non sono responsabili delle imperfezioni del lavoro stesso, che una perizia giudiziale accerti essere derivate dalla mancata sorveglianza dei lavori» (Massimario cit., p. 99, § 319; v. anche, nello stesso senso, p. 101, § 338).

¹⁶³ (48) Cfr. la massima probivirale che si legge nel Massimario di E. Redenti, cit. nella nota 1, p. 101, al § 339: «Non può chiedere risarcimento di danni arrecati al materiale dal garzone, l'industriale che debba ascrivere a sua colpa il fatto avvenuto per avere affidato a un ragazzetto mansioni non adeguate». Per un caso dei nostri giorni, nel quale invece è stata ritenuta irrilevante la giovane età del lavoratore, v. Cass. 3 aprile 2002 n. 4746, in *Riv. giur. lav.*, 2002, p. 647.

¹⁶⁴ «La persona gravata da servizi eccedenti la sua capacità fisica e mentale non ne assume la responsabilità» (Massimario cit. nella nota 1, p. 101, § 336).

¹⁶⁵ Cfr. Cass. 18 agosto 2004, n. 15932, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 699, con nota di M. FIGURATI.

¹⁶⁶ M. PAPALEONI, *Il potere disciplinare nella giurisprudenza*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, p. 496.

fine della valutazione della complessiva gravità sotto il profilo psicologico delle inadempienze del lavoratore e della proporzionalità della sanzione¹⁶⁷. È evidente che la possibilità che tali fatti abbiano un peso ai fini del giudizio di gravità dell'ultima infrazione contraddice la previsione dell'art. 7, 8° comma e ne riduce drasticamente la portata, scontrandosi anche con la necessità dell'immediatezza della contestazione. Parte della dottrina, però, ritiene contrario alla previsione di cui all'8° comma negare qualsiasi rilievo a una mancanza che il lavoratore abbia commesso in passato che gli sia stata ritualmente e tempestivamente contestata, ma in relazione alla quale il datore di lavoro abbia alla fine del procedimento esplicitamente rinunciato ad applicare una sanzione disciplinare per benevolenza o per motivi di opportunità di altro genere¹⁶⁸.

È stato giustamente rilevato come il criterio *ex art.* 2106 volto a stabilire un rapporto di proporzionalità tra sanzione e trasgressione implica che alla funzione di repressione e di prevenzione debba affiancarsi anche quella di riabilitazione, nel senso del recupero del rapporto fiduciario. Il progressivo aggravarsi delle sanzioni deve essere considerato non solo come manifestazione della potestà di reprimere i comportamenti insofferenti della disciplina aziendale, ma anche un modo di ridurre al minimo indispensabile il c.d. «assaggio di pena» in modo da favorire il reinserimento del lavoratore in un clima di collaborazione e correttezza, dato che nel rapporto di lavoro non viene in considerazione solo la singola prestazione, ma l'eventuale inadempimento deve essere valutato anche in relazione alle successive prestazioni

¹⁶⁷ Cass. 14 ottobre 2009, n. 21795, in *Altalex massimario*; Cass. 21 maggio 2008, n. 12958, in *Not. giur. lav.*, 2008, p. 616.

¹⁶⁸ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2003, p. 339. Nello stesso senso vedi Cass. 19 dicembre 2006, n. 27104: «In materia disciplinare, soltanto la rilevanza autonoma, attribuita dalle fonti di regolazione del rapporto di lavoro alla recidiva, presuppone l'irrogazione di una sanzione disciplinare ed incontra il limite del biennio, mentre la valutazione della gravità dell'inadempimento (per giusta causa o, comunque, "notevole", ai sensi degli art. 1 e 3 l. 604/1966) si estende a tutti i fatti contestati al dipendente con l'avvio della procedura di licenziamento disciplinare, anche concernenti comportamenti tenuti in precedenza e per i quali il datore di lavoro non abbia ritenuto, nella sua autonomia, di irrogare sanzioni disciplinari, salva l'operatività del limite costituito dal principio di tempestività e senza che tale determinazione datoriale possa ritenersi idonea ad arrecare pregiudizio al diritto del lavoratore alla difesa, atteso che l'incidenza disciplinare dei fatti contestati nel procedimento abbandonato deve essere autonomamente apprezzata nel giudizio sulla giustificatezza del licenziamento». (Nella specie, la S.C., alla stregua del principio enunciato, ha confermato la sentenza impugnata di rigetto dell'impugnazione di licenziamento disciplinare di una dipendente con la quale era stato riconosciuto che nella motivazione del provvedimento espulsivo, fondato su giustificato motivo soggettivo, erano state legittimamente valutate tutte le condotte tenute dalla lavoratrice e specificamente contestate in precedenza, sebbene, tranne una, non fossero state seguite dall'infrazione di sanzioni disciplinari).

esigibili dal lavoratore¹⁶⁹. Questo in quanto il rapporto di lavoro si caratterizza per la continuatività della prestazione e si sostanzia in un contesto nel quale la prosecuzione del rapporto da parte di entrambe le parti necessita di un clima di serenità e fiducia, di stima personale e professionale, che risulta sicuramente favorito dalla irrogazione di sanzioni che siano proporzionate e non eccessive rispetto alla eventuale infrazione. Da ciò si deduce che la reiterazione di un comportamento disciplinarmente rilevante può essere letta come una «insofferenza pervicace alle regole aziendali», con la conseguente possibile emersione di un profilo di intenzionalità, derivante dalla reiterazione della condotta nonostante la diffida insita nelle sanzioni precedentemente irrogate, che può giustificare l'aggravamento della sanzione irrogata.

La casistica contrattuale tende ad attribuire rilievo alla recidiva per pervenire ad una predeterminazione del tipo o dell'entità della sanzione, limitando così fortemente il potere unilaterale del datore di lavoro. L'influenza di precedenti sanzioni potrebbe dare luogo ad un aumento della specifica sanzione o il passaggio ad una più grave di quella normalmente prevista senza alcun potere discrezionale da parte dell'imprenditore; mentre, ove non regolata appositamente in via negoziale, la recidiva non potrebbe dar luogo ad un mutamento della sanzione normalmente correlata all'infrazione, ma solo influire sull'entità della sanzione prevista dal codice disciplinare per quella determinata infrazione¹⁷⁰. Dunque, ove non specificamente regolata, la recidiva potrebbe al massimo comportare soltanto una elevazione dell'entità della sanzione quale tassativamente individuata per la singola infrazione, all'interno dei limiti legali o convenzionali prestabiliti (ad es. multa da una a quattro ore, sospensione da uno a dieci giorni), senza poter determinare la irrogazione di una sanzione di tipo diverso. Nell'ipotesi in cui alla recidiva si volesse assegnare una diversa valenza ai fini dell'individuazione del tipo di infrazione, si renderebbe necessaria, in ossequio al principio di tassatività, la enunciazione di una esplicita previsione.

Pertanto, resta fermo il principio in base al quale la rilevanza e gli effetti della recidiva nell'applicazione del provvedimento disciplinare sono comunque condizionati al principio di proporzionalità *ex art. 2106*, per il quale «tra il fatto e la sanzione deve comunque sussistere un rapporto di congruità che deve essere apprezzato, sia sul piano meramente quantitativo,

¹⁶⁹ F. CASTALDO, *Recidiva e continuazione in ambito disciplinare*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 1993, p. 191 ss.

¹⁷⁰ E. D'AVOSSA, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1983, p. 102.

connesso cioè al numero di pregresse infrazioni, sia sotto il profilo qualitativo, valutando la specie, l'omogeneità e la gravità dei precedenti disciplinari del dipendente. L'applicazione della recidiva è dunque sottoposta al vaglio di legittimità del magistrato, che esclude per il datore la possibilità di un uso capzioso e distorto dell'istituto»¹⁷¹. D'altra parte una compressione delle garanzie e delle tutele assicurate al lavoratore non può derivare da quelle clausole collettive che prevedono l'automatica rilevanza della reiterazione di certi illeciti disciplinari ai fini della risoluzione del rapporto; la giurisprudenza ha, infatti, chiarito che la previsione da parte della contrattazione collettiva della recidiva in successive mancanze disciplinari come fattispecie di giustificato motivo soggettivo di licenziamento non esclude il potere del giudice di valutare l'effettiva gravità dei fatti addebitati, sebbene qualificati dalla recidiva, per accertare la proporzionalità della sanzione espulsiva.

2.5. Le sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: tra tipizzazione legislativa e tipizzazione contrattualistica

Per quanto riguarda il pubblico impiego, gli articoli 67-70 del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 — attuativo delle deleghe contenute nella legge 4 marzo 2009, n. 15 (la c.d. «Riforma Brunetta») — introducono importanti novità in materia di potere disciplinare. Essi modificano profondamente il testo dell'art. 55 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e arricchiscono il sistema disciplinare mediante l'inserimento nel testo unico di una serie di nuove disposizioni (cfr. gli articoli dal 55 *bis* al 55 *sexies*). Le modifiche in materia di potere disciplinare apportate al testo unico si collocano nel contesto di un più ampio intervento normativo, con l'intento dichiarato dal legislatore di migliorare l'efficienza dell'azione amministrativa, realizzando la «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato» (art. 2, 1° comma, lett. a), l. n. 15/09). All'indomani della c.d. «privatizzazione» del pubblico impiego — in ossequio alla regola per cui «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 165/01) — si era realizzata una sostanziale convergenza tra settore pubblico e settore privato quanto a modalità di esercizio del potere disciplinare (salve le inevitabili differenze

¹⁷¹ M. PALLA, *Impugnazione della sanzione disciplinare e decorrenza del termine di efficacia della recidiva: spunti problematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 161.

dovute alle perduranti specificità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione). Le scelte legislative compiute in attuazione della delega, si fondano su due capisaldi: 1) il mutamento del rapporto tra legge e contrattazione collettiva, con un effetto di sostanziale ri-legificazione della materia; 2) l'obbligatorietà dell'azione disciplinare, con la previsione di sanzioni a carico di coloro che, incaricati di intraprenderla, rimangano inerti.

La ri-legificazione altera in modo significativo il rapporto tra contrattazione collettiva e legge, determinando un ridimensionamento della prima a vantaggio della seconda: alla legge è assegnato il ruolo di «fonte principale», al contratto collettivo quello di «fonte sussidiaria». L'art. 40, 1° comma, sancisce infatti che «nelle materie relative alle sanzioni disciplinari [...] la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalla legge». Tra i limiti che la legge pone alla contrattazione collettiva, circoscrivendone il raggio d'azione, possono essere sicuramente annoverate la definizione *ex lege* di alcune infrazioni cui si applica obbligatoriamente la sanzione del licenziamento (art. 55 *quater*) e il divieto per il contratto collettivo di «istituire procedure di impugnazione di procedimenti disciplinari», salva la possibilità di prevedere «procedure di conciliazione non obbligatoria», peraltro sottoposte a notevoli limitazioni (art. 55, 3° comma). D'altro canto, bisogna evidenziare che il potere della contrattazione collettiva di definire le infrazioni e determinare le sanzioni conseguentemente applicabili costituisce tuttora la regola, fatte salve le ipotesi legali tassativamente previste che conducono obbligatoriamente all'irrogazione del licenziamento disciplinare. È tuttavia evidente che il messaggio che il legislatore ha voluto mandare è di forte delegittimazione e sfiducia nei confronti della capacità delle parti sociali di regolare in modo efficiente la materia disciplinare¹⁷². Ne consegue che la contrattazione: a) deve prevedere una lista di sanzioni ordinate secondo una logica di progressiva afflittività, da valutare secondo il senso comune improntato a ragionevolezza e sulla scorta delle indicazioni di legge; b) può introdurre sanzioni ulteriori rispetto a quelle menzionante nella legge; c) può stabilire una graduazione da un minimo ad un massimo di afflittività, all'interno di ciascuna sanzione; d) deve correlare le sanzioni ovvero le relative graduazioni alle infrazioni.

¹⁷² F. RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 122/2011, p. 7.

Prendendo il c.c.n.l. Ministeri come modello, all'art. 23¹⁷³ troviamo una serie di "obblighi del dipendente" che costituiscono l'impianto regolativo di primo grado, cui, in un secondo momento segue la previsione dei relativi divieti, i quali insieme determinano il panorama delle infrazioni sanzionabili racchiuso nel codice disciplinare¹⁷⁴. Può oggi rilevarsi come, a seguito della novella, il legislatore abbia fissato un numero non trascurabile di ipotesi di illeciti disciplinari. Va premesso che la previsione da parte del d.lgs. n. 165/2001 di infrazioni disciplinari tipizzate non costituisce un'assoluta novità. Le nuove disposizioni di cui agli articoli da 55 a 55 *novies* risaltano per il fatto che il vecchio art. 55, prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009, non predeterminava alcuna infrazione. Ma, allargando lo sguardo ad altre norme del T.U.P.I., ci si avvede che erano già previsti alcuni illeciti disciplinari. Il riferimento è alle disposizioni dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, in tema di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi, che, oltre a richiamare alcune normative preesistenti, conteneva già alcuni divieti, rivolti alle pubbliche amministrazioni, e quindi riguardanti i funzionari responsabili (art. 53, 2° e 8° comma) e ai dipendenti (art. 53, 7°

¹⁷³ Il dipendente deve « a) collaborare con diligenza, osservando le norme del presente contratto, le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'Amministrazione, anche in relazione alle norme in materia di sicurezza e di ambiente di lavoro; b) rispettare il segreto d'ufficio nei casi e nei modi previsti dalle norme dei singoli ordinamenti ai sensi dell'art. 24 L. 7 agosto 1990, n. 241; c) non utilizzare a fini privati le informazioni di cui disponga per ragioni d'ufficio; d) nei rapporti con il cittadino, fornire tutte le informazioni cui abbia titolo, nel rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza e di accesso all'attività amministrativa previste dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, dai regolamenti attuativi della stessa vigenti nell'amministrazione nonché attuare le disposizioni del D.lgs. 28 dicembre 2000 n.443 e del DPR del 28 dicembre 2000 n.445; e) rispettare l'orario di lavoro, adempiere alle formalità previste per la rilevazione delle presenze e non assentarsi dal luogo di lavoro senza l'autorizzazione del dirigente del servizio; f) durante l'orario di lavoro, mantenere nei rapporti interpersonali e con gli utenti condotta uniformata a principi di correttezza ed astenersi da comportamenti lesivi della dignità della persona; g) non attendere ad occupazioni estranee al servizio e ad attività, che ritardino il recupero psico-fisico, in periodo di malattia od infortunio; h) eseguire gli ordini inerenti all'espletamento delle proprie funzioni o mansioni che gli siano impartiti dai superiori. Se ritiene che l'ordine sia palesemente illegittimo, il dipendente deve farne rimostranza a chi l'ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l'ordine è rinnovato per iscritto ha il dovere di darvi esecuzione. Il dipendente non deve, comunque, eseguire l'ordine quando l'atto sia vietato dalla legge penale o costituisca illecito amministrativo; i) avere cura dei locali, mobili, oggetti, macchinari, attrezzi, strumenti ed automezzi a lui affidati; l) non valersi di quanto è di proprietà dell'Amministrazione per ragioni che non siano di servizio; m) non chiedere né accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità in connessione con la prestazione lavorativa; n) osservare scrupolosamente le disposizioni che regolano l'accesso ai locali dell'Amministrazione da parte del personale e non introdurre, salvo che non siano debitamente autorizzate, persone estranee all'amministrazione stessa in locali non aperti al pubblico; 2 o) comunicare all'Amministrazione la propria residenza e, ove non coincidente, la dimora temporanea, nonché ogni successivo mutamento delle stesse; p) in caso di malattia, dare tempestivo avviso all'ufficio di appartenenza, salvo comprovato impedimento; q) astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere direttamente o indirettamente interessi finanziari o non finanziari propri o di suoi parenti entro il quarto grado o conviventi».

¹⁷⁴ S. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari*, in A.A.V.V. *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, diretto da F.CARINCI., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, I, Giuffrè, 1997, p. 482.

comma). Semmai, la differenza con le nuove norme introdotte dal d.lgs. n. 150/2009 è che il legislatore non tipizzava anche la corrispondente sanzione disciplinare.

Procediamo ad una analisi delle sanzioni previste e tipizzate dalla legge.

In primo luogo, l'art. 55 *bis*, 7° comma, d.lgs. n. 165/2001 punisce «il lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti». La fattispecie generale corrispondente, prevista tuttora dai contratti collettivi, è quella consistente nella «testimonianza falsa o reticente in procedimenti disciplinari o rifiuto della stessa», più “ampia” e punita con meno rigore, fermo restando l'aggravamento della sanzione nei casi di recidiva. La norma di legge è più dettagliata. Essa si dimostra indifferente al fatto che i due lavoratori, quello incolpato e quello chiamato a collaborare, siano dipendenti della stessa amministrazione o meno, mentre la norma contrattuale tace sul punto. Le condizioni di operatività della norma sono le seguenti: a) le informazioni rilevanti devono riguardare un procedimento disciplinare in corso; b) le informazioni rilevanti devono essere state apprese per ragioni di ufficio o di servizio; c) l'obbligo di collaborazione scatta solo su richiesta dell'autorità disciplinare procedente; d) le dichiarazioni rese non devono essere false o reticenti; e) il rifiuto di collaborare deve avvenire senza giustificato motivo¹⁷⁵. La sanzione per l'infrazione è costituita dalla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un giorno fino ad un massimo di quindici giorni.

L'art. 55 *quater*, 1° comma, lett. a), punisce il lavoratore in caso di «falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia». L'infrazione è talmente grave da comportare anche l'irrogazione di sanzioni penali (reclusione da uno a cinque anni e multa da euro 400,00 a euro 1600,00), oltre all'obbligo per il lavoratore di risarcire il danno¹⁷⁶. Lo stesso articolo dispone altresì l'applicazione della sanzione del

¹⁷⁵ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 396.

¹⁷⁶ L'art. 27 del c.c.n.l. Ministeri del 12 giugno 2003 prevede la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi per chi pone in essere

licenziamento disciplinare con preavviso in caso di “assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell’arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall’amministrazione”. La disposizione ricalca con maggiore severità quanto disposto dal c.c.n.l. Ministeri, che all’art. 13 stabilisce la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di dieci giorni per l’assenza ingiustificata fino a dieci giorni; ed il 4° comma prevede la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi per l’assenza ingiustificata dal servizio oltre dieci giorni e fino a quindici giorni. Essendo alla disposizione di legge decisamente meno favorevole è ovvio che essa potrà applicarsi solo per fatti commessi successivamente alla data della sua entrata in vigore.

La lett. c) dell’art. 55 *quater*, 1° comma, d.lgs. n. 165/2001, sanziona con il licenziamento con preavviso l’«ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall’amministrazione per motivate esigenze di servizio». Anche tale norma non costituisce una novità, essendo già prevista dalla contrattazione collettiva e punita con la medesima sanzione. Ad esempio, l’art. 13, 5° comma, lett. c), c.c.n.l. Ministeri del 12 giugno 2003, contempla l’«ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall’amministrazione per riconosciute e motivate esigenze di servizio nel rispetto delle vigenti procedure in relazione alla tipologia di mobilità attivata». I contratti collettivi stipulati dopo la riforma del 2009, data l’imperatività della norma legislativa, recepiscono all’interno del codice disciplinare l’infrazione in questione¹⁷⁷. La contrattazione però prevede anche in questo caso un’infrazione “minore”, punita in modo più lieve, frutto di quella competenza residuale che permane in capo all’autonomia collettiva in materia disciplinare *ex* art. 55, 2° comma, d.lgs. n. 165/ 2001. Si tratta dunque di un’altra ipotesi di intervento del contratto collettivo, teso a ritagliare nell’ambito dell’infrazione tipizzata dal legislatore una condotta meno grave, che non integra gli estremi della prima. I contratti dunque puniscono con la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni, l’«ingiustificato ritardo, non superiore a dieci giorni, a trasferirsi nella sede assegnata dai superiori».

“fatti o comportamenti tesi all’elusione dei sistemi di rilevamento elettronici della presenza e dell’orario o manomissione dei fogli di presenza o delle risultanze cartacee degli stessi”.

¹⁷⁷ Così ha fatto ad esempio il già citato c.c.n.l. DigitPa del 12 aprile 2011, all’art. 53, 10° comma, n. 1, lett. a), peraltro semplicemente rinviando alla norma di legge.

La lett. d) dell'art. 55 *quater*, 1° comma, d.lgs. n. 165/2001, sanziona con il licenziamento senza preavviso le «falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera». Anche questa non una novità assoluta in quanto prevista anche all'art. 13, 6° comma, lett. c) del c.c.n.l. Ministeri, ove si legge che la sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso si applica per «accertamento che l'impiego fu consentito mediante la produzione di documenti falsi e comunque con mezzi fraudolenti ovvero che la sottoscrizione del contratto individuale di lavoro sia avvenuta a seguito di presentazione di documenti falsi».

La successiva lett. e) del medesimo articolo, prende, invece, in considerazione la «reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui», prevedendo per essa la sanzione del licenziamento senza preavviso. La norma si applica non al primo caso di condotta, ma alla sua reiterazione: occorrono cioè almeno due condotte gravi ripetute nel tempo, anche a parecchia distanza l'una dall'altra. La disposizione non pare richiedere che le condotte siano dello stesso tipo, potendo consistere, ad esempio, la prima in una minaccia e la seconda in un'ingiuria, purché gravi. Non è neanche necessario che chi subisce la condotta sia un altro dipendente, potendo essere anche un terzo, ad esempio un utente, come desumibile dall'utilizzo del termine «altrui». La disposizione si sovrappone ad altre disposizioni fatte proprie dalla contrattazione collettiva. Ad esempio, il c.c.n.l. Ministeri all'art. 13, 3° comma, lettera f), i), j), prevede degli illeciti, sanzionati con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di dieci giorni: a) minacce, ingiurie gravi, calunnie o diffamazione verso il pubblico; alterchi negli ambienti di lavoro, anche con utenti; b) atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, che siano lesivi della dignità della persona; c) sistematici e reiterati atti o comportamenti aggressivi ostili e denigratori che assumano forma di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un altro dipendente. Analoghe figure di illecito, questa volta sanzionate con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi, sono previste al 4° comma alle lett. a), e), f), nel caso di: a) recidiva nel biennio delle mancanze previste nel comma precedente quando sia stata comminata la sanzione oppure quando le mancanze previste dal suddetto comma presentino carattere di particolare gravità; b) esercizio attraverso sistematici e reiterati atti e comportamenti aggressivi ostili o

denigratori, di forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un altro dipendente al fine di procurargli un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo; c) atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, di particolare gravità che siano lesivi della dignità della persona. Illeciti affini sanzionati con il licenziamento con preavviso sono previsti dal 5° comma alle lettere a), f) e g). Essi sono integrati da: a) recidiva plurima, almeno tre volte nell'anno, in una delle mancanze previste dai commi 3 e 4, anche se di diversa natura, o recidiva, nel biennio, in una mancanza che abbia comportato l'applicazione della sanzione massima di sei mesi di sospensione dal servizio e dalla retribuzione, salvo quanto previsto dal 6° comma, lett. a); b) recidiva nel biennio, anche nei confronti di persona diversa, di sistematici e reiterati atti e comportamenti aggressivi ostili e denigratori e di forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un collega al fine di procurargli un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo; c) recidiva nel biennio di atti, comportamenti, o molestie, anche di carattere sessuale, di particolare gravità che siano lesivi della dignità della persona. È poi previsto al 6° comma, lett. a) un illecito similare, sanzionato con il licenziamento senza preavviso, costituito dalla terza recidiva nel biennio di atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, che siano lesivi della dignità umana. Dalla disamina effettuata è evidente che il legislatore ha voluto includere in una formula sintetica tutte le menzionate previsioni già esistenti.

La lettera f) dell'art. 55 *quater*, 1° comma, sanziona con il licenziamento senza preavviso il dipendente in caso di «condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro». In questo caso la legge non tipizza una specifica infrazione, ma individua la sanzione disciplinare estintiva come effetto della condanna definitiva per reati per i quali la legge prevede le citate sanzioni accessorie. Anche per tale disposizione non si avverte alcun cambiamento sostanziale, in considerazione del fatto che i contratti collettivi hanno sempre contemplato tale ipotesi come suscettibile di licenziamento senza preavviso e così fanno anche quelli successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009. Anzi, i contratti collettivi, a ben vedere, erano ancora più rigidi dell'attuale disciplina legale, prevedendo il licenziamento senza preavviso anche per reati per i quali non è prevista l'estinzione del

rapporto di lavoro¹⁷⁸. Preme sottolineare che, essendo previsto in simili ipotesi il licenziamento disciplinare, si conferma che l'applicazione della sanzione non è automatica, ma deve comunque essere disposta dopo l'esperimento del procedimento disciplinare. A fronte della disposizione di cui alla lett. f) dell'art. 55 *quater*, 1° comma, d.lgs. n. 165/2001, i contratti collettivi successivi alla riforma del 2009 hanno recepito la norma legislativa, mantenendo tuttavia altre norme non imposte dal d.lgs. n. 150/2009. Così, il licenziamento con preavviso si applica nel caso di «condanna passata in giudicato, per un delitto che, commesso fuori dal servizio e non attinente in via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta la prosecuzione per la sua specifica gravità», mentre quello senza preavviso si applica, oltre che per il caso previsto dalla norma del T.U.P.I., anche in altre ipotesi. Emerge dunque, dalla lettura delle disposizioni contrattuali, imposte e non imposte dal d.lgs. n. 150/2009, un maggiore rigore nel caso di intrecci tra commissione di reati e conseguenze disciplinari. Emblematico è il fatto che non è più richiesto in molti casi il passaggio in giudicato della sentenza di condanna¹⁷⁹.

Due ulteriori condotte, tipizzate rispettivamente agli artt. 55 *quater*, 2° comma, e 55 *sexies*, 2° comma, d.lgs. 165/2001, vanno esaminate insieme, sia perché strettamente collegate alle norme in tema di valutazione dei lavoratori pubblici sia per cercare di individuare la differenza tra le due infrazioni disciplinari, in particolare l'insufficiente rendimento e l'inefficienza. L'art. 55 *quater*, 2° comma prevede la sanzione del licenziamento con preavviso «nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, una valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di

¹⁷⁸ V. ad es. l'art. 3, 8° comma, lett. c), n. 1, c.c.n.l. regioni ed enti locali dell'11 aprile 2008 che, richiamando parzialmente gli artt. 58 e 59 del d.lgs. n. 267/2000, ricollega la sanzione del licenziamento anche ai delitti di peculato mediante profitto dell'errore altrui e di malversazione a danno dello stato nel caso di sentenza passata in giudicato, nonché nel caso di condanna ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per un delitto non colposo o per il delitto di associazione mafiosa. Il c.c.n.l. DigitPa del 12 aprile 2011 contiene una disposizione di analogo contenuto, ma prevedendo l'applicazione della sanzione disciplinare anche in caso di sentenza non ancora passata in giudicato (art. 53, 10° comma, lett. f).

¹⁷⁹ Cfr. l'art. 53, 10° comma, n. 2, lett. f), c.c.n.l. DigitPa, non richiede il passaggio in giudicato, a differenza dell'art. 3, 8° comma, lett. c) e d), c.c.n.l. Regioni ed enti locali dell'11 aprile 2008, e dell'art. 13, 6° comma, lett. e), c.c.n.l. Ministeri del 12 giugno 2003.

appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'art. 54». Si tratta di una norma diretta espressione della *ratio* della riforma del 2009, volta a combattere lo scarso rendimento dei dipendenti. Sennonché neanche questa disposizione ha in sé niente di rivoluzionario, in quanto la fattispecie era già prevista e sanzionata dalla contrattazione collettiva, anche se ad essa erano ricollegate sanzioni diverse a seconda dell'intensità del rendimento. L'art. 13, 2° comma, lett. f) c.c.n.l. Ministeri del 12 giugno 2003 puniva con la sanzione del rimprovero verbale o scritto o con la multa fino a quattro ore di retribuzione l'«insufficiente rendimento»; il successivo comma 4, lett. d), puniva con la sospensione dal servizio e dalla retribuzione da undici giorni fino a sei mesi l'«insufficiente persistente scarso rendimento dovuto a comportamento negligente»; infine, il comma 5, lett. e) sanzionava con il licenziamento con preavviso la «continuità, nel biennio, dei comportamenti attestanti il perdurare di una situazione di insufficiente scarso rendimento dovuta a comportamento negligente ovvero per qualsiasi fatto grave che dimostri la piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio». Proprio quest'ultima disposizione rivela che l'insufficiente rendimento, di cui alla prima parte della norma contrattuale, e l'incompetenza professionale di cui alla seconda parte, che oggi sono individuate dalla legge come infrazioni distinte e con sanzioni diverse, erano invece assimilate dalla contrattazione collettiva. Analizzando i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009, si nota una minore graduazione sanzionatoria. Mentre infatti il citato c.c.n.l. Ministeri individuava tre “gradi” dell'infrazione, ad es. il c.c.n.l. DigitPa ne individua solo due: oltre a quanto adesso imposto dalla legge, si prevede la sanzione del rimprovero verbale o scritto o la multa fino a quattro ore di retribuzione nel caso di «insufficiente rendimento, rispetto ai carichi di lavoro e, comunque, nell'assolvimento dei compiti assegnati, ove non ricorrano le fattispecie considerate nell'art. 55 *quater*, 2° comma, del d.lgs. n. 165/2001» (art. 53, 4° comma, lett. f). Dunque, stando alla contrattazione collettiva, adesso il persistente insufficiente rendimento, che non riguardi il biennio, ma sia relativo ad un periodo di tempo più ridotto, potrebbe comportare al massimo la multa e scompare la possibilità di applicare una sanzione intermedia tra multa e licenziamento prima prevista dai contratti collettivi, e del resto la sanzione estintiva potrà trovare applicazione solo se ricorrono tutti gli estremi della fattispecie descritta nell'art. 55 *quater*, 2° comma, d.lgs. n. 165/2001. Parte della dottrina¹⁸⁰ ha evidenziato come in questo

¹⁸⁰ Tra cui S. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al*

modo il legislatore abbia reso più complesso il licenziamento per insufficiente rendimento, essendo ora richiesti per la configurabilità dell'infrazione due presupposti: non solo il giudizio dell'amministrazione che formula una valutazione di insufficiente rendimento, in rapporto ad un periodo di tempo di almeno due anni, ma altresì che lo scarso rendimento sia dovuto alla reiterata violazione degli obblighi lavorativi. In tal modo si è cercato probabilmente di ricollegare l'infrazione ad una mancanza del lavoratore, in quanto il rendimento insufficiente ai fini disciplinari non può essere automaticamente rilevato dalla applicazione delle regole in tema di valutazione¹⁸¹, in considerazione soprattutto del fatto che la valutazione ha ad oggetto una *performance* di gruppo.

L'art. 55 *sexies*, 2° comma, del d.lgs. n. 165/2001, invece, sanziona il lavoratore che «cagiona grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche». La norma colpisce più che altro per il tipo di sanzione comminata, che può essere ritenuta quantomeno “anomala”¹⁸², consistendo nel collocamento in disponibilità con l'individuazione, nel provvedimento che definisce il procedimento disciplinare, delle mansioni e della qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento. La disposizione sembra quindi apportare una deroga al divieto di mutamenti definitivi del rapporto di lavoro così

contratto collettivo e ritorno, in A.A.V.V. *La terza riforma del lavoro. Commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, aggiornato al “Collegato Lavoro”, IPSOA, 2011, p. 471 ss.

¹⁸¹ Cfr. C. SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, in A.A.V.V. *La terza riforma del lavoro. Commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, aggiornato al “Collegato Lavoro”, IPSOA, 2011, p. 488, secondo cui in tal modo il legislatore dimostra coerenza con l'orientamento giurisprudenziale affermatosi nel settore privato che ritiene legittimo il licenziamento solo nel caso in cui il datore di lavoro provi che lo scarso rendimento sia imputabile al negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore. Secondo C. CURRAO, G. PICARELLA, *Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 109/2010, pagg. 15-16, la precisazione secondo cui l'insufficiente rendimento, per essere sanzionato, deve essere collegato ad una violazione degli obblighi contrattuali sarebbe pleonastica, in quanto esso è «ontologicamente, una violazione» di tali obblighi, e dunque tale meccanismo sembrerebbe, pertanto, porsi in violazione del divieto di automatismi sanzionatori (c.d. licenziamento automatico), secondo quanto stabilito, ad es., da Corte Cost. 14 ottobre 1988, n. 971, in *Foro it.*, 1989, I, p. 22, e Corte Cost. 6 maggio 1996, n. 141, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1395.

¹⁸² L'aggettivo è usato con riferimento alla procedura sanzionatoria da F. BARGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di L. ZOPPOLI, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, p. 417, e da C. CURRAO, G. PICARELLA, *Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 109/2010, p. 17. La sanzione è invece definita come atipica da V. LO STORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, in A.A.V.V., *La nuova riforma del lavoro pubblico: commento alla legge 4 marzo 2009, n. 15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, a cura di M. TIRABOSCHI, F. VERBARO, Milano, Giuffrè, 2010, p. 485.

come previsto dal rimando all'art. 7, St. lav., consentendo un peggioramento delle mansioni assegnate al lavoratore ed una correlata retrocessione nella qualifica¹⁸³, tant'è che il principio statutario oggi può dirsi valido nel settore del pubblico impiego privatizzato solo in quanto non derogato dalla illustrata disposizione. Per quanto riguarda la fattispecie, la norma in questione parla di inefficienza e di incompetenza professionale e richiede che da essa sia derivato un «grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza». Inoltre essa rileva al di fuori dei casi previsti dal 1° comma dell'art. 55 *sexies*, d.lgs. n. 165/2001 e, dunque, la norma non si riferisce al danno che l'amministrazione subisce dall'aver risarcito quello causato dalla condotta inadempiente del lavoratore. La disposizione legislativa riecheggia in parte quella già conosciuta dalla contrattazione collettiva, ove si prevedeva la sanzione del licenziamento con preavviso per «qualsiasi fatto grave che dimostri la piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio». Quest'ultima però non contiene alcun riferimento al danno subito dall'amministrazione ed è slegata dalle procedure di valutazione, richiedendo unicamente anche un solo fatto grave dal quale emerga la piena incapacità del lavoratore. A differenza dell'infrazione di cui all'art. 55 *quater*, 2° comma, d.lgs. n. 165/2001, non è richiesto espressamente un comportamento negligente del lavoratore e quindi una sua colpa. La norma pare prefigurare piuttosto una responsabilità di tipo oggettivo nell'adempimento della prestazione, di difficile comprensione dato che il presupposto teorico dell'assunzione alle dipendenze della pubblica amministrazione è il principio del concorso, che dovrebbe garantire la selezione dei migliori e dei più capaci. Ma, dato che la legge configura un'ipotesi di responsabilità disciplinare, a ben vedere, occorre comunque che vi sia stata una violazione di qualche obbligo lavorativo.

Ancora più problematica è la previsione della necessità della sussistenza del danno al funzionamento dell'ufficio, come se l'amministrazione dovesse essere costretta a mantenere un dipendente di cui abbia accertato l'incompetenza. Oltretutto il danno deve essere grave e di conseguenza un rallentamento lieve dell'attività dell'amministrazione non integrerebbe l'infrazione, a differenza, ad esempio, di una paralisi più lunga. Ne consegue che non pare essere possibile ritenere l'esistenza di un danno *in re ipsa* nei casi previsti dalla disposizione. Come è stato osservato, poi, la presenza del requisito del danno grave, presente nell'infrazione di cui all'art. 55 *sexies*, 2° comma, e non richiesto invece *ex art. 55 quater*, 2° comma,

¹⁸³ L. DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, p. 10.

indurrebbe a ritenere che la prima sia considerata più grave, ma tale affermazione è contraddetta dal fatto che essa è sanzionata in modo meno duro: per essa, infatti, la risoluzione del rapporto è prevista eventualmente solo dopo il decorso dei due anni di collocamento in disponibilità, ove non sia avvenuto il ricollocamento, dal che potrebbe ricavarsi un contrasto con il principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione. Si può però ritenere che nel caso di insufficiente rendimento il danno all'amministrazione sia sottinteso¹⁸⁴.

All'art. 55 *sexies*, 1° comma, troviamo una norma di applicazione residuale, che rileva solo se non ricorrono gli estremi per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare, non necessariamente più afflittiva. La norma prevede che «la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa [...] comporta l'applicazione nei suoi confronti, ove già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare, della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento». L'infrazione si realizza, dunque, solo nel caso in cui, a causa della violazione di obblighi del dipendente, l'amministrazione sia stata condannata a risarcire un danno a terzi, subendo essa stessa un danno dalla sentenza emessa nei suoi confronti. L'infrazione ricorda quella già contemplata nel c.c.n.l. Ministeri all'art. 13, 3° comma, lett. h), caratterizzata da «qualsiasi comportamento da cui sia derivato danno grave all'amministrazione». Tuttavia le due ipotesi si differenziano nettamente, poiché solo quella introdotta dalla legge richiede, quale presupposto necessario, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno; la condanna in questione è però estranea alla fattispecie di illecito, configurandosi come condizione obiettiva di punibilità, in mancanza della quale, pur nella sussistenza della violazione, da parte del lavoratore, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, non si realizza l'illecito¹⁸⁵.

L'art. 55 *sexies*, 3° comma, d.lgs. n. 165/2001 introduce senza dubbio la novità più rilevante, dal punto di vista sistematico per la materia disciplinare della riforma del 2009, e cioè l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare. Essa prevede che «il mancato

¹⁸⁴ Per una analisi dettagliata della problematica, A. LIMA, *La responsabilità disciplinare nel rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2013, p. 76 ss.

¹⁸⁵ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 413 ss.

esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione. Ai soggetti non aventi qualifica dirigenziale si applica la predetta sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo». La previsione ha l'evidente scopo di impedire insabbiamenti di vicende connotate da rilevanza disciplinare – o anche solo di scoraggiare un approccio superficiale alla gestione e valutazione delle stesse – mediante la minaccia dell'assoggettamento a sanzione dei titolari dell'azione cui siano imputabili errori ingiustificati¹⁸⁶.

Un'ulteriore infrazione tipizzata dal legislatore è quella prevista dall'art. 55 *novies* del d.lgs. n. 165/2001. In realtà, qui la legge si limita a prevedere che «i dipendenti delle amministrazioni pubbliche che svolgono attività a contatto con il pubblico sono tenuti a rendere conoscibile il proprio nominativo mediante l'uso di cartellini identificativi o di targhe da apporre presso la postazione di lavoro», senza indicare, diversamente dagli articoli precedenti, la relativa sanzione. Anzi, la norma, a differenza di quelle precedenti, non è qualificata come imperativa¹⁸⁷, lasciando la contrattazione libera, oltre di individuare la sanzione, apparentemente anche di non prevedere la sua violazione come infrazione disciplinare. Invero, appare difficile sostenere che un obbligo previsto dalla legge, se violato, non esponga a conseguenze sanzionatorie di tipo disciplinare il trasgressore. Nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica del 17 febbraio 2010, n. 3187, si legge che «l'inosservanza della prescrizione verrà valutata secondo i criteri ordinari della responsabilità disciplinare con l'irrogazione delle sanzioni in relazione alle violazioni accertate». E infatti i contratti collettivi stipulati dopo la riforma hanno previsto la condotta nel codice disciplinare,

¹⁸⁶ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 418.

¹⁸⁷ L'art. 55, 1° comma, d.lgs. n. 165 del 2001, infatti prevede che sono imperative «le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55 *octies*».

prevedendo per essa l'applicazione della sanzione del rimprovero verbale o scritto o della multa fino a quattro ore di retribuzione¹⁸⁸.

Infine, l'art. 55 *septies* stabilisce, al 1° comma, che nell'ipotesi di assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nel corso dell'anno solare, l'assenza viene giustificata esclusivamente mediante certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale. Il 4° comma prevede che l'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica di cui al 2° comma costituisce illecito disciplinare e, in caso di reiterazione, comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento ovvero, per i medici in rapporto convenzionale con le aziende sanitarie locali, della decadenza della convenzione, in modo inderogabile dai contratti collettivi. La disposizione non indica quale sia la sanzione in caso di inosservanza isolata degli obblighi previsti dalla norma, sicché deve ritenersi che la determinazioni sia lasciata alla contrattazione collettiva. L'unica sanzione prevista dalla norma è quella del licenziamento in caso di reiterazione dell'inosservanza degli obblighi di trasmissione, il che sembra non poco irragionevole, in quanto trattasi di mancanze di natura meramente formale, onde la massima sanzione risulta sproporzionata per eccesso¹⁸⁹. Inoltre, è passibile di sanzione disciplinare il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora, nonché il dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale, i quali, essendo investiti della relativa competenza, non abbiano curato l'osservanza delle disposizioni concernenti i controlli sulle assenze. Anche in questo caso la sanzione appare sproporzionata rispetto all'entità dell'illecito di natura meramente omissiva; stando alla norma infatti sarebbe sufficiente, per la sanzionabilità, che il dipendente preposto all'ufficio del personale non abbia effettuato il controllo anche per una sola volta dell'assenza per malattia di un dipendente e che il responsabile stesso non abbia vigilato sul suo operato¹⁹⁰.

Terminata la disamina delle infrazioni e delle relative sanzioni previste dalla legge, è necessario ora soffermarsi su quelle fissate negozialmente. A questo proposito, l'art. 24

¹⁸⁸ Vedi, ad es., art. 8, 4° comma, lett. g), c.c.n.l. Unioncamere del 4 agosto 2010.

¹⁸⁹ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 422.

¹⁹⁰ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 423.

c.c.n.l. Ministeri prevedeva, quali sanzioni da irrogare a fronte delle infrazioni commesse dai dipendenti, il rimprovero verbale, il rimprovero scritto, la multa di importo variabile fino ad un massimo di 4 ore di retribuzione, la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione fino a 10 giorni, il licenziamento con preavviso e il licenziamento senza preavviso. Dal sistema così concepito si evidenziava, in chiave negativa, il consistente vuoto che veniva a determinarsi tra la sospensione dal lavoro con privazione della retribuzione fino a 10 giorni (ultima sanzione conservativa) e il licenziamento con preavviso (prima sanzione espulsiva). La rigidità del sistema – peraltro presente e “problematica” anche nel settore di lavoro privato – che impediva una ragionevole corrispondenza della misura della reazione datoriale all’entità del illecito disciplinare, è stata superata almeno nel settore pubblico con l’inserimento, prima della meno grave sanzione espulsiva, della sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi. In questo modo si è risposto all’avvertita esigenza di bilanciare le varie sanzioni in un quadro di *progressiva* forza afflittiva, conquistando una maggiore gradualità tra l’ultima sanzione conservativa e la sanzione espulsiva, venendo quindi maggiormente garantito il rispetto del principio di proporzionalità tra infrazioni e sanzioni¹⁹¹. L’ampliamento della gamma delle sanzioni adottabili è, peraltro, operazione unanimemente condivisa dalla dottrina sul rilievo che «un’ulteriore modulazione delle sanzioni conservative può rispondere ad un interesse bilaterale, sia del datore, che del dipendente. In sede applicativa, una prova di ciò si riscontra in quei contratti collettivi [...] privatistici che hanno introdotto la sanzione del trasferimento disciplinare e in alternativa al licenziamento con preavviso»¹⁹². Un ulteriore effetto positivo dell’introduzione della nuova sanzione è il più ampio termine di essa rispetto a quello contemplato nella precedente sanzione conservativa meno afflittiva, si concilia meglio con il termine di durata della ipotetica misura della sospensione cautelare presofferta dal dipendente, con conseguente obbligo di eventuale *restituito in integrum* in casi inferiori rispetto al passato.

¹⁹¹ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 426 ss.

¹⁹² A. LEVI, *Lavoro pubblico ed esercizio del potere disciplinare negli accordi collettivi nazionali della terza tornata contrattuale*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 242 ss.

2.6. L'introduzione delle sanzioni conservative per il dirigente pubblico

Tra le più grandi novità introdotte dalla riforma del 2009 vi è sicuramente la previsione che anche il dirigente possa essere destinatario di una sanzione non espulsiva. I contratti nazionali per la dirigenza, sottoscritti per i vari comparti in attuazione dell'accordo-quadro del 2 giugno 1995, infatti, prevedevano quale sanzione disciplinare per il dirigente il mero licenziamento, con l'esclusione quindi delle sanzioni conservative¹⁹³. Nella Relazione che illustra i contenuti del decreto legislativo di attuazione della legge n. 15/2009, commentando le norme relative alla dirigenza pubblica si indica come obiettivo generale «quello di applicare anche nell'ambito del lavoro pubblico i più efficaci criteri di organizzazione, gestione e valutazione propri del lavoro privato, anche al fine di meglio individuare ed eliminare inefficienze e improduttività». Di seguito, a chiusura dell'elenco ove si espongono le principali linee di intervento, si afferma, che «la nuova normativa valorizza la figura del dirigente, il quale, finalmente, oltre ad essere titolare di numerose competenze, avrà a disposizione reali e concreti strumenti per operare e sarà parimenti sanzionato, anche economicamente, qualora non svolga efficacemente il proprio lavoro». In particolare, con riferimento al sistema sanzionatorio le novità per i dirigenti concernono: l'attribuzione di più estesi poteri, l'imposizione di nuovi e stringenti obblighi nelle modalità di esercizio del potere, la previsione di sanzioni a loro carico se non svolgono in modo adeguato i compiti loro assegnati in materia.

Innanzitutto, il legislatore, contestualmente all'attribuzione di una più ampia sfera di potere sanzionatorio diretto, toglie al dirigente la piena discrezionalità nell'esercizio di tale potere, sostanzialmente obbligandolo a procedere all'azione disciplinare, con correlata sanzione in caso di violazione dell'obbligo. In aggiunta, si introduce una serie di minuziose regole che irrigidiscono, vincolano, controllano nei singoli passaggi l'esercizio del potere disciplinare, e dunque anche del potere direttivo, con il prevedibile risultato di ostacolare la libertà di valutazione e altresì di appesantire e complicare le procedure (anche se le norme più stringenti riguardano fattispecie che esulano dalla nuova competenza diretta del dirigente)¹⁹⁴.

¹⁹³ Per il settore privato, invece, nulla è mutato e il licenziamento rimane l'unica sanzione applicabile al dirigente, in ragione della natura strettamente fiduciaria di questa funzione.

¹⁹⁴ F. BARGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di L. ZOPPOLI, Editoriale scientifica, 2009, disponibile a www.unisi.it, p. 28.

Per quanto riguarda la responsabilità disciplinare del dirigente, l'art. 55 *sexies*, 3° comma, prevede che i dirigenti che si rendono responsabili del mancato esercizio e della decadenza dell'azione disciplinare – per l'omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o per valutazioni dell'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare – subiranno la sospensione dal servizio senza retribuzione, in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino a un massimo di 3 mesi per infrazioni sanzionabili con il licenziamento e saranno privati della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione. Tali sanzioni, come già visto, si applicano anche ai responsabili di struttura e ai dirigenti preposti all'amministrazione generale del personale qualora omettano di adempiere ai compiti loro attribuiti dalle norme relative ai controlli sulle assenze, in particolare quelle volte a prevenire o contrastare, nell'interesse della funzionalità dell'ufficio, le condotte assenteistiche (art. 55 *septies*, 6° comma). Ancora, si applica anche ai dirigenti la sanzione della sospensione dal servizio senza retribuzione fino a un massimo di quindici giorni, prevista dall'art. 55 *bis*, 7° comma, per coloro che rifiutino, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta per l'acquisizione di prove utili a un giudizio disciplinare oppure rendano dichiarazioni false o reticenti.

Secondo un consolidato orientamento, la responsabilità disciplinare del dirigente si distingue dalla responsabilità dirigenziale ovvero di risultato, gravante sul medesimo¹⁹⁵. Al riguardo si ritiene che vi sia responsabilità disciplinare qualora il dirigente «con dolo o con colpa non osservi le regole giuridiche preposte allo svolgimento dell'attività di sua competenza e, quindi, dolosamente o colposamente violi i doveri rientranti nell'oggetto della sua (peraltro, peculiare) prestazione lavorativa, ponendo così in essere un inadempimento contrattuale»¹⁹⁶. La responsabilità disciplinare del dirigente assume quindi contorni molto più definiti e regolati, traducendosi prettamente in un inadempimento contrattuale ovvero in una violazione del codice disciplinare rinvenibile nel contratto collettivo richiamato dal contratto individuale o nella violazione dei precetti fissati dagli artt. 55 e seguenti del d.lgs. n. 165/2001 o dal codice di comportamento. La responsabilità dirigenziale, al contrario, non

¹⁹⁵ Cfr. F. BARGOGGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 112/2010.

¹⁹⁶ G. NOVIELLO, V. TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2002, p. 135.

sorge dalla violazione dei canoni normativi di comportamento e trascende il comportamento personale del dipendente, ma si ricollega ai risultati complessivi prodotti dalla organizzazione cui il dirigente è preposto ed implica, in caso di giudizio negativo, più che una colpa del dirigente, la sua inidoneità alla funzione¹⁹⁷. Ciò porta a configurare, come è stato osservato, la responsabilità dirigenziale come una forma di responsabilità oggettiva, in cui per l'applicazione della sanzione si prescinde dall'inadempimento e dalla valutazione dell'elemento psicologico dell'agente¹⁹⁸. La responsabilità dirigenziale, diversamente dalle altre forme di responsabilità, non tende all'applicazione di sanzioni propriamente intese, o comunque a conseguenze di tipo afflittivo o risarcitorio per il dipendente, quanto piuttosto a consentire all'Amministrazione di ovviare a eventuali malfunzionamenti attraverso la tempestiva rimozione del dirigente che si sia dimostrato inidoneo alla funzione, in quanto non in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati¹⁹⁹.

Ad ogni modo non può escludersi che il medesimo comportamento possa essere assunto dall'amministrazione a motivo di recesso sia a titolo di responsabilità dirigenziale che a titolo di responsabilità disciplinare²⁰⁰, in quanto si tratta di «un “doppio binario” messo a disposizione dell'amministrazione da parte della contrattazione collettiva che [...] ha previsto, affianco al recesso per giusta causa per i casi più gravi di responsabilità dirigenziale, anche il recesso (con o senza preavviso) per responsabilità disciplinare, ovvero per quella peculiare responsabilità da inadempimento contrattuale che, pur potendo, a volte, coincidere con la responsabilità di risultato sotto il profilo della condotta, se ne discosta sempre per l'elemento soggettivo, sussistendo dolo in caso di comportamento colposo o doloso del dirigente»²⁰¹. Riprendendo la metafora della doppia natura del dirigente pubblico, la responsabilità

¹⁹⁷ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, p. 434. In giurisprudenza, Cass. 20 febbraio 2007, n. 3929, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1716, in cui si afferma che «La responsabilità dirigenziale può prescindere da ogni rilevanza dell'elemento soggettivo per quanto riguarda il mancato raggiungimento degli obiettivi [...] talché può configurarsi piuttosto come una sorta di responsabilità oggettiva».

¹⁹⁸ A. BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale*, in A.A.V.V. *La terza riforma del lavoro. Commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, aggiornato al “Collegato Lavoro”, Milano, IPSOA, 2011, p. 191 ss.

¹⁹⁹ S. FOA', M. BIOLETTI, *Responsabilità disciplinare della dirigenza pubblica tra sanzioni contrattuali e moralizzazione ex lege*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2015, disponibile a www.piemonteaautonomie.cr.piemonte.it, p. 7.

²⁰⁰ In giurisprudenza, Cass. 20.02.2007, n. 3929, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1716, ove è statuito che «quante volte il mancato raggiungimento degli obiettivi dipenda da negligenza o inerzia del dirigente, la responsabilità dirigenziale sarà tutt'uno con quella disciplinare o per mancanze».

²⁰¹ NOVIELLO-TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, p. 148.

dirigenziale è riferita al ruolo manageriale, mentre la responsabilità disciplinare è legata soprattutto al ruolo di lavoratore subordinato *tout court*, finalizzata a colpire elusivamente comportamenti illeciti: due responsabilità distinte, sebbene difficilmente distinguibili per la sovrapposizione dei ruoli di cui è investito il dirigente pubblico e per la sua particolare prestazione lavorativa²⁰².

Come anticipato, fino alla tornata contrattuale per la dirigenza 2006-2009, non si rinveniva nella contrattazione collettiva una dettagliata indicazione degli obblighi del dirigente, la cui inosservanza assurgesse a rilevanza disciplinare, né tantomeno il ventaglio punitivo prevedeva sanzioni di tipo conservativo. Ciò ha comportato, di fatto, l'impunità per molti dirigenti pubblici autori di diffuse micro-illegalità non sanzionabili per difetto di proporzionalità con il licenziamento, ma che per altri dipendenti non dirigenti sarebbero stati puniti con sanzioni conservative²⁰³. Che un dirigente potesse essere sanzionato con sanzioni disciplinari conservative era un elemento di discontinuità con il precedente assetto della dirigenza pubblica e con l'assetto della dirigenza privata, nei cui confronti la giurisprudenza aveva tendenzialmente escluso che il datore di lavoro potesse comminare sanzioni conservative in ragione della posizione del dirigente quale *alter ego* dell'imprenditore²⁰⁴. I vari contratti di comparto 2006-2009 hanno inglobato, con portata più ampia e generale, le novità apportate dal d.lgs. n. 150/2009 e hanno introdotto, oltre ad una puntuale regolamentazione dell'*iter* da seguire, un vero e proprio codice disciplinare statuento sanzioni conservative, che sono oggi sei: 1) sanzione pecuniaria da un minimo di 200,00 euro ad un massimo di 500,00 euro; 2) sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a quindici giorni; 3) sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di tre mesi con la mancata attribuzione della retribuzione per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo di durata della sospensione; 4) sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di

²⁰² S. FOA', M. BIOLETTA, *Responsabilità disciplinare della dirigenza pubblica tra sanzioni contrattuali e moralizzazione ex lege*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2015, disponibile a www.piemonteautonomie.cr.piemonte.it, p. 8.

²⁰³ S. FOA', M. BIOLETTA, *Responsabilità disciplinare della dirigenza pubblica tra sanzioni contrattuali e moralizzazione ex lege*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2015, disponibile a www.piemonteautonomie.cr.piemonte.it, p. 11.

²⁰⁴ M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Utet, 2003, p. 30 ss., sottolinea che il dirigente, in quanto *alter ego* dell'imprenditore, deve godere del suo massimo ed incondizionato apprezzamento, per cui qualsiasi elemento di crisi nell'assetto di interessi voluto dai soggetti giustifica la risoluzione del legame giuridico, anche qualora questo incida sulla mera *affectio personalis*.

tre (o sei) mesi; 5) licenziamento con preavviso; 6) licenziamento senza preavviso. A tali previsioni contrattuali va aggiunta solo per i dirigenti sanitari anche la censura scritta (vedi art. 7 c.c.n.l. area III). A queste si aggiungono le sanzioni, di cui agli artt. 55 *bis* e seguenti, introdotte per tutti i dipendenti.

La responsabilità dirigenziale si gradua, invece, sostanzialmente su un duplice livello di riferimento: a seconda della gravità dei casi, l'inosservanza delle direttive o il mancato raggiungimento degli obiettivi può dar luogo alla non rinnovabilità o alla revoca dell'incarico ovvero al recesso del rapporto.

L'impossibilità di rinnovo si inserisce in un sistema caratterizzato dalla temporaneità degli incarichi e dalla discrezionalità dell'amministrazione nell'attribuzione e nella riconferma delle funzioni dirigenziali. Il mancato raggiungimento degli obiettivi o l'inosservanza delle direttive limitano la libertà di determinazione dell'organo di vertice al momento della scadenza dell'incarico, imponendo la destinazione del dirigente ad altre funzioni²⁰⁵. Invece, la revoca dell'incarico consente, in presenza del mancato raggiungimento degli obiettivi o dell'inosservanza delle direttive, di rimuovere anticipatamente il dirigente dalla direzione dell'ufficio e dalla titolarità delle funzioni; ciò è possibile anche qualora si verifichino delle comprovate esigenze di tipo organizzativo e gestionale²⁰⁶.

Sia l'impossibilità di rinnovo sia la revoca dell'incarico non costituiscono delle misure propriamente sanzionatorie, ma si configurano come strumenti finalizzati prioritariamente ad una migliore organizzazione e utilizzazione delle competenze professionali, in una prospettiva di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa; e sono diretti più che a sanzionare il dirigente a soddisfare l'esigenza di ottimizzare l'azione amministrativa²⁰⁷. Di conseguenza, la revoca dell'incarico non costituisce una sanzione disciplinare speciale, bensì una misura che consente all'amministrazione di porre rimedio ad accertati profili di negatività nella gestione degli uffici, «al fine di consentire il miglior uso delle risorse umane e delle capacità professionali disponibili»²⁰⁸. La non rinnovabilità e la revocabilità dell'incarico e la successiva predisposizione ad un ufficio anche di minore importanza possono determinare una sostanziale, seppur legittima, dequalificazione professionale. In tale contesto, il licenziamento si pone come *extrema ratio* riservata alle ipotesi in cui la mobilità interna si riveli inadeguata

²⁰⁵ M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Utet, 2003, p. 121.

²⁰⁶ M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Utet, 2003, p. 121.

²⁰⁷ M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Utet, 2003, p. 122.

²⁰⁸ L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Cedam, 2000, p. 133.

rispetto alla gravità dell'accertata responsabilità del dirigente. Il recesso dal rapporto di lavoro trova giustificazione qualora la valutazione negativa del dirigente investa non solo il profilo strettamente funzionale del singolo incarico, ma si estenda più radicalmente allo stesso *status* dirigenziale, acquisito con l'immissione in ruolo, a seguito del superamento della procedura concorsuale di selezione. Fondamentale risulta il modello delineato dal legislatore improntato alla gradualità delle misure che possono essere adottate dal datore di lavoro. E tale modulazione ha come riferimento la particolare struttura del rapporto dirigenziale, caratterizzato dalla estromissione della disciplina degli incarichi dal *corpus* contrattuale e da una autonoma e speciale regolamentazione ancora influenzata dal modello pubblicistico. I profili di responsabilità gestionale, che nel privato investono direttamente il rapporto di lavoro, assumono rilevanza prioritariamente all'interno della regolamentazione delle funzioni dirigenziali. Ne consegue una elevazione della soglia minima oltre la quale la gravità del fatto legittima l'esercizio datoriale del potere di recesso. Dunque, l'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, nonché l'art. 109, d.lgs. 267/2000 e l'art. 15 *ter*, d.lgs. 502/1992, si configurano come norme speciali e derogatorie rispetto alla normativa codicistica di riferimento, improntata sulla libera recedibilità. In particolare, il potere di recesso delle amministrazioni viene limitato alle sole ipotesi di maggiore gravità della responsabilità dirigenziale, tali da impedire non solo di portare a termine l'incarico, ma la stessa prosecuzione del rapporto di lavoro²⁰⁹. E in tal senso si esprime anche la contrattazione collettiva che configura espressamente come giusta causa di licenziamento le ipotesi più gravi di responsabilità dirigenziale²¹⁰.

²⁰⁹ M. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Utet, 2003, p. 124 ss.

²¹⁰ Vedi art. art. 3, 2° comma, lett. c), c.c.n.l. aziende, area dirigenza, del 12 febbraio 2010; art. 5 c.c.n.l. Università, area VII, del 28 luglio 2010; art. 8, 11° comma, c.c.n.l. dirigenza sanitaria del 6 maggio 2010.

CAPITOLO 3

I LICENZIAMENTI

3.1. Il licenziamento «ontologicamente» disciplinare

Il licenziamento disciplinare ha costituito uno dei capitoli più ricchi ed interessanti del processo formativo del diritto del lavoro post costituzionale, scritto tutto, nel silenzio legislativo, dal diritto vivente, con a protagonisti eccellenti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la Corte costituzionale.

Nel codice civile del 1942, l'art. 2106 configurava chiaramente il potere disciplinare come uno strumento di rimedio e reazione all'inadempimento del lavoratore, posto a presidio dell'ordine e del buon andamento dell'organizzazione aziendale. In questo contesto, il licenziamento rimaneva confinato al di fuori dei mezzi di reazione all'inadempimento, tanto che la giusta causa descritta all'art. 2119 c.c. rilevava unicamente ai limitati fini dell'esenzione dal preavviso. Il licenziamento, proprio perché praticabile *ad nutum*, appariva, nella sua configurazione civilistica di atto di recesso unilaterale del contratto, come un mezzo sostanzialmente ordinario di scioglimento del vincolo contrattuale, non assumendo la veste di conseguenza derivante da una patologia del sinallagma²¹¹. L'art. 2106 c.c. fu dunque concepito come norma riferita alle sole sanzioni conservative, essendo il licenziamento assoggettato ad una regola, quella del recesso *ad nutum*, inconciliabile con i principi dello stesso art. 2106, calibrato sull'inadempimento del lavoratore.

Il quadro muta radicalmente con l'approvazione nel 1970 dello Statuto dei lavoratori, recante all'art. 7 una analitica disciplina procedimentale delle modalità di esercizio del potere disciplinare. Iniziò a divampare la complessa questione dell'applicabilità al licenziamento disciplinare dell'articolo in questione e sia in giurisprudenza che in dottrina si manifestarono subito profonde divisioni tra chi considerava l'art. 7 inapplicabile *in toto* al licenziamento disciplinare, sul presupposto che il licenziamento non potesse qualificarsi come una sanzione, poiché in esso doveva ritenersi prevalente la funzione risolutiva rispetto a quella afflittivo-intimidatoria propria delle sanzioni e chi invece riteneva lo stesso articolo integralmente applicabile al licenziamento, in quanto esso era da considerarsi come la massima sanzione a

²¹¹ A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di MAINARDI, Torino, Utet, 2012, p. 122.

disposizione del datore di lavoro. Nell'ambito della tesi negativa, cominciava a farsi largo l'idea, definita poi "formalistica", secondo cui l'applicabilità dell'art. 7 St. lav. sarebbe stata subordinata all'inclusione nel contratto collettivo del licenziamento tra le sanzioni disciplinari e all'espresso richiamo della procedura *ex art. 7* o di altre procedure analoghe. Nello stesso periodo, però, la Cassazione optò per un timido tentativo di apertura per la tesi restrittiva²¹², che riteneva appunto necessario il richiamo operato dal contratto collettivo ai fini dell'applicazione dell'art. 7 al licenziamento disciplinare. All'interno della tesi restrittiva era presente anche una corrente più moderata rinvenibile in alcune sentenze, rimaste però isolate, secondo la quale poteva considerarsi sufficiente l'inclusione del licenziamento tra le sanzioni disciplinari perché fosse considerata obbligatoria la procedura *ex art. 7*²¹³. L'entusiasmo manifestato da alcuni autori²¹⁴, che avevano salutato la posizione della Corte da ultimo considerata come una possibile apertura sul complesso problema, venne ben presto smorzato dal successivo intervento delle Sezioni Unite del 1981²¹⁵, le quali sottolinearono ancora una volta che il licenziamento per colpa aveva sì alcuni punti di contatto con le sanzioni disciplinari, non tali però da consentire l'adozione del medesimo trattamento, posto che il legislatore aveva sempre voluto tener separate le due discipline. La sentenza presentava tuttavia, in motivazione, parecchi punti deboli, che rendevano evidente quanto l'attaccamento alla concezione formalistica del licenziamento disciplinare fosse ormai poco giustificata²¹⁶. Le Sezioni Unite, infatti, da un lato, sottolineavano che «è innegabile che il licenziamento per colpa del lavoratore ha la motivazione nonché l'efficacia intimidatoria ed afflittiva propria delle sanzioni disciplinari, tra le quali appare la più grave»; ma, dall'altro, precisavano che tali caratteri comuni non giustificano affatto l'adozione della stessa disciplina.

Il ragionamento seguito dalla Corte non può che suscitare giustificate considerazioni critiche: innanzitutto, non si comprende, perché l'irrogazione di quella che la stessa Corte riconosce essere la massima sanzione non venga circondata dalle medesime garanzie previste

²¹² Cass. 20 ottobre 1973, n. 2672, in *Riv. giur. lav.*, 1973, II, p. 1135, con nota di L. MONTUSCHI; Cass. 4 dicembre 1973, n. 3311, *Mass. giur. lav.*, 1974, p. 200.

²¹³ Cass. 28 agosto 1976, n. 3065, in *OGI*, 1977, p. 648; Cass. 28 novembre 1979, n. 6241, in *Giust. Civ.*, 1980, I, p. 628.

²¹⁴ L. MONTUSCHI, *Commento all'art. 7*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro italiano, 1979, p. 106 ss.

²¹⁵ Cass. S.U. 28 marzo 1981, n. 1781, in *Foro it.*, I, p. 1283, con nota di R. CONVERSO.

²¹⁶ C. ALESSI, *Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 9, Torino, 1991, p. 115.

per le sanzioni meno gravi²¹⁷; in secondo luogo, non risulta palese l'asserita volontà del legislatore di tenere distinte le due discipline; infine, le contraddizioni diventano addirittura lampanti quando si legge che la procedura *ex art. 7* può essere applicata ove vi sia, nel contratto collettivo, l'inclusione del licenziamento tra le sanzioni nonché il richiamo espresso all'*art. 7* o ad altre analoghe procedure²¹⁸.

La sentenza in parola era comunque destinata ad avere vita breve, in quanto già l'anno seguente la Corte costituzionale intervenne con la nota sentenza n. 204 del 30 novembre 1982, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità, per violazione dell'*art. 3* della Costituzione, dei primi tre commi dell'*art. 7*, interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali detti commi non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro. La Corte ha osservato che «una volta introdotta con i commi 2 e 3 l'osservanza del contraddittorio tra datore e lavoratore quale indefettibile regola di formazione delle misure disciplinari, l'escluderne il licenziamento disciplinare solo perché la sua normativa non richiama l'*art. 7* suona offesa dell'*art. 3*, pur a prescindere dalla maggiore gravità del licenziamento rispetto alle altre misure disciplinari». Pertanto, la previa conoscibilità dell'infrazione e della relativa sanzione, nonché il contraddittorio che si realizza con la preventiva contestazione degli addebiti e la facoltà di difesa riconosciuta al lavoratore prima dell'applicazione della sanzione, se vale per le sanzioni conservative, secondo la Corte, non può che valere – alla luce dell'*art. 3* Cost. – anche per il licenziamento disciplinare.

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, in dottrina, c'è chi ha rilevato che la menzione del licenziamento nell'elencazione delle sanzioni disciplinari, ai fini dell'applicabilità dell'*art. 7* St. lav., è il presupposto minimo, ma allo stesso tempo indispensabile, nel senso che in difetto di menzione o di qualificazione del licenziamento come disciplinare, il licenziamento non comporta, in sé e di per sé, l'applicabilità dell'*art. 7* St. lav. Dunque la normativa di cui ai tre commi citati si applica se ed in quanto il

²¹⁷ C. ALESSI, *Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 9, Torino, 1991, p. 115; A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Torino, 2012, p. 125. In giurisprudenza, la stessa notazione verrà fatta, qualche anno più tardi, da Cass. S.U. 1 giugno 1987, n. 4823, in cui si evidenzia come la sentenza della Corte costituzionale assoggettava l'irrogazione di una sanzione più grave (il licenziamento) ad una disciplina meno idonea a garantire il principio del contraddittorio rispetto a quella prevista dalla legge per la comminazione di sanzioni meno gravi.

²¹⁸ C. ALESSI, *Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 9, Torino, 1991, p. 115.

licenziamento sia disciplinare, cioè quando la normativa regolatrice del rapporto lo collochi al vertice delle sanzioni disciplinari. Ciò «significa logicamente, *a contrario*, che il licenziamento non è, in sé, per natura sua, disciplinare; lo diventa solo in quanto in tal senso si pronunci la regolamentazione del rapporto, cosicché il licenziamento in sé non comporta il necessario rispetto dell'art. 7»²¹⁹. In sostanza, stando ad una lettura lineare della sentenza della Corte costituzionale, la procedura e le garanzie di cui ai primi tre commi dell'art. 7 St. lav. avrebbero dovuto applicarsi al licenziamento che venga in qualche modo definito tale dalla regolamentazione del rapporto.

In effetti, la sentenza della Corte costituzionale lasciava aperto o addirittura rinfocolava un ulteriore problema: quello consistente nell'individuare quali licenziamenti meritassero di essere considerati "disciplinari". A questo proposito, nel corso degli anni '80, si sono contrapposti due diversi orientamenti: da un lato, la tesi secondo la quale nella nozione di licenziamento disciplinare si sarebbero dovuti fare rientrare solo i licenziamenti qualificati come disciplinari ad opera di fonti normative ovvero di regolamentazioni contrattuali o aziendali; dall'altro, la tesi per cui alla nozione in esame si sarebbero dovuti ascrivere tutti i licenziamenti "ontologicamente" dovuti a colpe o mancanze del lavoratore. Il contrasto è stato da ultimo composto da una sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la n. 4823 del 1 giugno 1987 (in *Foro it.*, 1987, I, p. 2031, con nota di R. DE LUCA TAMAJO, *I licenziamenti disciplinari dalla Corte costituzionale alle Sezioni Unite: opzione per la tesi ontologica, chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti*), la quale ha sposato la tesi ontologica del licenziamento disciplinare, definendolo come il «licenziamento motivato da una condotta colposa o comunque manchevole del lavoratore, indipendentemente dalla sua inclusione o meno tra le misure disciplinari nella specifica disciplina del rapporto». La Corte, dunque, sanciva l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 7 a qualsiasi licenziamento motivato da un comportamento imputabile a titolo di colpa al lavoratore, situazione sicuramente integrata, ad avviso della Corte, allorché il licenziamento sia intimato per giustificato motivo soggettivo (ossia per un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro, ex art. 3 l. n. 604/1966) nonché, ma soltanto in parte, in caso di recesso per giusta causa. In effetti, la lesione irreparabile del vincolo fiduciario, implicita nel verificarsi di una causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del

²¹⁹ G. PERA, *Il licenziamento come sanzione disciplinare*, in *Giust. Civ.*, 1983, p. 20.

rapporto di lavoro, può derivare, come visto nel primo capitolo di questo studio, anche da comportamenti posti in essere dal lavoratore al di fuori della sfera del rapporto contrattuale, potendo tali comportamenti risultare comunque rilevanti, al fine di giustificare il recesso, quando facciano venire meno la fiducia del creditore della prestazione nell'esattezza dei successivi adempimenti. Sennonché la giurisprudenza successiva si è poi indirizzata in modo diverso, arrivando a sostenere che anche il licenziamento intimato per comportamenti del lavoratore estranei allo svolgimento del rapporto di lavoro debba soggiacere alla procedura prevista dall'art. 7 St. lav.

La giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità hanno concorso alla progressiva determinazione di un formante giurisprudenziale grazie al quale le garanzie procedurali statutarie hanno sprigionato una notevolissima forza espansiva, sino al punto di conquistare territori sempre più vasti. Nel 1989, infatti, si è avuta una pronuncia additiva della Corte costituzionale, la n. 427 del 25 luglio 1989, con cui il giudice delle leggi ha affermato l'applicabilità delle garanzie procedimentali nell'area del licenziamento intimato dalle piccole imprese, allora assoggettate al regime della recedibilità *ad nutum*²²⁰. In quell'occasione fu rimessa alla Corte la questione di costituzionalità del 2° e 3° comma dell'art. 7 St. lav. per dedotta violazione dell'art. 3 Cost., in quanto le relative garanzie procedimentali erano, da un lato, accordate a tutti i lavoratori in caso di sanzioni conservative, mentre, dall'altro, erano irragionevolmente escluse in caso di licenziamento. La Corte ritenne la questione fondata, affermando che «principi di civiltà giuridica ed innegabili esigenze di assicurazione di parità di trattamento garantita dal precetto costituzionale richiedono che a favore del lavoratore, colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, quale è quella espulsiva, con perdita del posto di lavoro e lesione della dignità professionale e personale, siano assicurate le garanzie previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori specificamente a favore di colui al quale è stata inflitta una sanzione disciplinare». Da ciò c'è chi ha ritenuto che la pronuncia della Corte abbia di fatto aperto le porte alla tesi dell'applicabilità dell'art. 7 St. lav. a qualsiasi licenziamento intimato nella residua area di libera recedibilità, a prescindere da qualsiasi limitazione dimensionale²²¹, anche se resta maggioritaria l'opinione contraria di chi ritiene che nell'area di libera recedibilità non sia possibile apporre nessun vincolo di natura formale

²²⁰ C. cost. 25 luglio 1989, n. 427, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, p. 641, con nota di G. PERA; in *Foro it.*, 1989, I, p. 2685, con nota di R. DE LUCA TAMAJO.

²²¹ A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Torino, 2012, p. 130.

al recesso datoriale²²². La sentenza è peraltro perfettamente coerente con quella del 1982: infatti, una volta stabilito che l'applicazione dell'art. 7 St. lav. ad ogni licenziamento per mancanze, non può che trarsi la logica conseguenza dell'operatività della procedura garantistica anche nella piccola impresa.

3.2. L'applicabilità dell'art. 7, 1°, 2° e 3° comma, St. lav. al licenziamento disciplinare

La sentenza della Corte costituzionale del 1982, si è detto, ha ritenuto che il corretto esercizio del potere disciplinare, nel caso in cui la sanzione fosse il licenziamento, dovesse necessariamente passare attraverso il rispetto dei primi tre commi dell'art. 7 St. lav. Eppure, in seguito finì per consolidarsi la tesi dell'irrelevanza, ai fini della legittimità del licenziamento disciplinare, della mancata affissione del codice disciplinare, allorché al lavoratore siano contestate violazioni di norme di condotta che traggono origine direttamente dalla legge, anziché dal codice disciplinare adottato con regolamento aziendale o contratto collettivo.

Sin dalla citata sentenza delle Sezioni Unite del 1987, è stato affermato che la necessaria predisposizione del codice disciplinare, ai fini della legittimità del licenziamento, dovesse intendersi operante solo nell'ipotesi in cui le parti si fossero avvalse della facoltà di prestabilire fatti e comportamenti idonei ad integrare una ragione giustificativa del recesso. In quell'occasione la Corte argomentò che solo per le sanzioni conservative sussiste l'esigenza di predisporre un catalogo di regole atte ad integrare e specificare il contenuto effettivo delle condotte lesive dell'ordine aziendale, in relazione al quale l'art. 2106 c.c. appresta solamente una cornice generale, fondativa del potere datoriale, ma bisognosa di essere riempita di contenuto.

Quanto finora detto rende chiaro che la predeterminazione delle infrazioni e delle relative sanzioni è funzionale all'esigenza di legalità, che però non si pone in termini identici per la sanzione del licenziamento. Infatti, indipendentemente dal contenuto del codice disciplinare, il potere di recesso è attribuito al datore di lavoro direttamente dalla legge: le nozioni legali di giusta causa, *ex art. 2119 c.c.*, e di giustificato motivo soggettivo, *ex art. 3 l. n. 604/1966*, rendono superflua la specifica inclusione nel codice disciplinare del

²²² M. PAPALEONI, *Licenziamento disciplinare e dimensioni dell'impresa*, in *Mass. giur. lav.*, 1972, p. 336 ss.

comportamento addebitato al lavoratore. È ormai una massima giurisprudenziale che «ai fini della validità del licenziamento intimato per ragioni disciplinari non è necessaria la previa affissione del codice disciplinare, in presenza della violazione di norme di legge e comunque di doveri fondamentali del lavoratore, riconoscibili come tali senza necessità di specifica previsione; ne consegue che i comportamenti del lavoratore costituenti gravi violazioni dei doveri fondamentali sono sanzionabili con il licenziamento disciplinare a prescindere dalla loro inclusione o meno all'interno del codice disciplinare ed anche in difetto di affissione dello stesso, purché siano osservate le garanzie previste dall'art. 7, commi secondo e terzo, della legge n. 300 del 1970»²²³. È evidente come la giurisprudenza, con sostanziale sostegno della dottrina, finisca per svalutare ed anzi escludere la necessità della previa affissione del codice, proprio a partire, correttamente, dalla *ratio legis*, non ravvisando la sussistenza, nel caso del licenziamento disciplinare, della già ricordata esigenza *latu sensu* di legalità²²⁴.

A una diversa conclusione si perviene in relazione alla distinta ipotesi in cui il licenziamento venga intimato adducendo la violazione di obblighi di condotta generati da specifiche e peculiari esigenze dell'organizzazione aziendale. Vasta è al riguardo la casistica introdotta dai vari contratti collettivi di categoria, ad esempio con riferimento a particolari cautele da adottarsi a salvaguardia dell'integrità dei macchinari ovvero dei prodotti per i quali si richiede il rispetto di determinati requisiti igienico-sanitari, come nel settore alimentare o in quello chimico-farmaceutico. Proprio perché queste regole sono originate dalla contrattazione collettiva o da regolamenti aziendali e non dalla legge, esse debbono essere portate a preventiva conoscenza dei lavoratori mediante affissione²²⁵.

Fuori discussione è invece l'applicabilità anche al licenziamento disciplinare del 2° e 3° comma dell'art. 7 St. lav., che impongono la preventiva contestazione degli addebiti disciplinari e la facoltà del lavoratore di svolgere le proprie difese prima dell'irrogazione della sanzione. La previa contestazione degli addebiti deve essere specifica, benché eventualmente sintetica, in modo tale che il lavoratore venga realmente posto in grado di conoscere quale sia la concreta condotta che gli viene imputata e, dunque, di potersi difendere. La specificità della

²²³ *Ex multis* Cass. 18 settembre 2009, n. 20270, in *Giust. Civ. mass.*, 2009, p. 1339; Cass. 14 settembre 2009, in *Guida dir.*, 2009, n. 40, p. 74; Cass. 2 settembre 2004, n. 17763, in *Notiziario giurispr.lav.*, 2005, p. 231.

²²⁴ A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Torino, 2012, p. 137.

²²⁵ Cass. 23 ottobre 2006, n. 22708, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 464; Cass. 25.09.2004, n. 19306, in *Notiziario giurispr. Lav.*, 2005, p. 231.

contestazione si riferisce alla materialità dei fatti addebitati e deve consentire una esatta individuazione e comprensione, senza che sia egualmente necessaria la puntuale indicazione delle norme violate dal lavoratore o la qualificazione giuridica dei comportamenti oggetto di contestazione²²⁶. In base a ciò è stata ritenuta conforme alle previsioni dell'art. 7 la formulazione di una contestazione *per relationem*, sempre che si faccia riferimento a fatti o comportamenti conosciuti dal lavoratore²²⁷. Il concetto di specificità si presta ad essere valutato in senso relativo²²⁸: il nodo centrale, infatti, consiste nel fatto che il lavoratore deve essere posto in grado di conoscere quanto gli viene imputato. Quindi, secondo alcuna giurisprudenza, da questo deriva che non è necessaria la specificazione della data della inadempienza, qualora dal tenore della contestazione risulti comunque compiutamente ricostruito il fatto materiale addebitato, tanto da renderlo riconoscibile, consentendo una compiuta difesa²²⁹. Viene anche osservato che logico corollario della specificità della contestazione è l'immutabilità della medesima: il principio di specificità infatti è stato costruito proprio in vista della necessità di rendere l'addebito non più sostituibile o modificabile, in modo da consentire al lavoratore una adeguata difesa. Ovviamente l'immutabilità della contestazione non impedisce al datore di lavoro di successivamente meglio precisare la fattispecie dell'illecito contestato, ma a condizione che le precisazioni o modificazioni non configurino elementi integrativi di una diversa fattispecie di illecito disciplinare, potendo tutt'al più consistere nell'introduzione di circostanze confermatrici o di ulteriori prove²³⁰. Ciò rende necessaria l'elaborazione di criteri sufficientemente affidabili atti a distinguere tra mera integrazione della contestazione e formulazione di una contestazione nuova. Le indicazioni date dalla giurisprudenza vanno nel senso di una duplice verifica: l'una, su un piano ontologico, tale da dovere «considerare ravvisabile una modificazione sostanziale dell'originaria contestazione quando le circostanze nuove si configurano come elementi integrativi di una fattispecie astratta di illecito disciplinare prevista in una norma diversa rispetto alla quale sarebbero, invece, insufficienti i fatti originariamente contestati, sicché ne

²²⁶ *Ex multis* Cass. 3 marzo 2010, n. 5115, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2767; Cass. 30 marzo 2006, n. 7546, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 853; Cass. 30 giugno 2005, n. 13998, in *Giust. civ. mass.*, 2005, p. 1440.

²²⁷ Cass. 3 marzo 2010, n. 5115, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2767.

²²⁸ A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Torino, 2012, p. 139.

²²⁹ Cass. 25 febbraio 1998, n. 2045, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 427.

²³⁰ Cass. 22 marzo 2011, n. 6499, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1117; Cass. 7 giugno 2003, n. 9167, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2637.

deriva una sorta di progressione nell'illecito stesso, con necessario assorbimento della diversa e meno grave fattispecie cui tali fatti risultino autonomamente riconducibili»; l'altra, sul piano funzionale, implicante il fatto che «una deduzione tardiva è compatibile con le garanzie del diritto di difesa che il procedimento disciplinare mira ad assicurare al lavoratore incolpato [...] soltanto quando riguarda circostanze prive di valore identificativo della fattispecie»²³¹.

3.2.1. Articolo 7 St. lav. e lavoro dirigenziale

Per avere chiarezza riguardo l'applicabilità al dirigente delle garanzie procedurali previste dall'art. 7 St. lav., si è dovuta attendere la sentenza della cassazione a Sezioni Unite 30 marzo 2007, n. 7880²³², che ha costituito l'epilogo di lungo dibattito. Nel comporre il contrasto le Sezioni Unite giungono alla conclusione secondo cui la contestazione delle mancanze poste a fondamento del recesso e la concessione di un termine a difesa, in quanto adempimenti formali che concretizzano il principio di civiltà giuridica del contraddittorio, devono essere concesse anche al dirigente in quanto lavoratore subordinato, indipendentemente dalla appartenenza di quest'ultimo alla categoria dei *top manager* o a quella della media o bassa dirigenza.

Alcune pronunce della Corte costituzionale negli anni '80 avevano indotto la Cassazione a riconoscere nelle motivazioni del giudice delle leggi i presupposti per riconoscere all'art. 7 St. lav. una *vis expansiva* tale da poterlo ritenere applicabile anche al licenziamento dei dirigenti²³³.

Tale orientamento, via via consolidatosi, è stato sconfessato nel 1995 dalla prima sentenza a Sezioni Unite, con cui la Corte ha affermato l'inapplicabilità dei suddetti commi al licenziamento del dirigente²³⁴. La premessa era quella secondo cui l'unico a potersi fregiare della qualifica di dirigente è colui che, collocato al vertice dell'organizzazione aziendale, svolge mansioni tali da caratterizzare la vita dell'azienda con scelte di respiro globale e si pone in un rapporto di collaborazione fiduciaria col datore di lavoro dal quale si limita a

²³¹ Cfr. Cass. 16 luglio 1998, n. 6988, in *Foro it.*, 1998, I, p. 2772.

²³² Cass. S.U. 30 marzo 2007, n. 7880, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 146 ss., con nota di D. SCIME', *Licenziamento disciplinare del dirigente e applicabilità dell'art. 7 St. lav.*; in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 637 ss., con nota di D. COSTANZI, *Dirigenti: unità della categoria e garanzie ex art. 7 St. lav.*

²³³ Cass. 28 novembre 1991, n. 12758, in *Foro it.*, 1992, I, p. 381 ss., con nota di G. AMOROSO, *Nuovo orientamento della Corte di Cassazione in tema di licenziamento disciplinare del dirigente d'azienda*.

²³⁴ Cass. S.U. 29 maggio 1995, n. 6041, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 913 ss., con nota di L. MONTUSCHI, *Il licenziamento disciplinare del dirigente*.

ricevere direttive di carattere generale per la cui realizzazione si avvale di ampia autonomia, come un vero e proprio *alter ego* dell'imprenditore. Da ciò deriva che, essendo egli figura di vertice dell'organizzazione aziendale, le sue peculiari attribuzioni mal si conciliano con l'esercizio del potere disciplinare, non foss'altro per la difficile individuazione del concetto di mancanza.

Nonostante l'autorevolezza dell'intervento delle Sezioni Unite il contrasto si è ripresentato, a causa della dissonanza tra quanto statuito e altri principi espressi dalla consulta (ad es. in Cass. 3 aprile 2003, n. 5213, in *Lav. nella giur.*, 2003, p. 735 ss.).

Intervenuta a comporre il contrasto, la sentenza Cass. S.U. 7880/2007, ha realizzato una netta inversione di tendenza rispetto alla sentenza del 1995. La corte ha ribadito che a favore della capacità espansiva dell'art. 7 vanno considerati: a) l'inserimento dei dirigenti all'interno della catalogazione dei prestatori di lavoro *ex art.* 2095 c.c.; b) l'eccezionalità delle deroghe previste per i dirigenti dalla legge; c) la previsione generale del potere disciplinare in merito all'inosservanza dell'obbligo di diligenza e di fedeltà riferito al prestatore di lavoro, senza distinzione di categorie; d) la *reductio ad unum* della categoria dei dirigenti (apicali, medi, mini), fondata sull'osservazione della loro natura di *alter ego* dell'imprenditore.

In considerazione di tutti questi elementi, la Cassazione ha affermato l'applicabilità delle garanzie previste dall'art. 7, 2° e 3° comma, St. lav., anche al lavoro dirigenziale, indipendentemente dalla collocazione apicale o no.

3.3. Giusta causa e giustificato motivo

Verso la metà degli anni '60 cominciò ad essere percepito come intollerabile il mantenimento di un sistema che faceva perno su di una assoluta libertà di licenziamento e la questione venne posta alla Corte costituzionale, che rispose con la sentenza n. 45 del 26 maggio 1965, che si limitò a rivolgere un invito al legislatore affinché provvedesse a regolare la materia. Venne quindi promulgata la legge 15 luglio 1966, n. 604, con cui tramonta definitivamente il principio della libertà incondizionata di licenziamento e successivamente con lo Statuto dei lavoratori la riforma venne completata con la garanzia della tutela reale del posto di lavoro²³⁵.

²³⁵ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, IV ed., 2011, p. 672 ss.

Nel quadro emergente dal testo originario dell'art. 18 il licenziamento era considerato ingiustificato quando privo delle clausole autorizzative del recesso del rapporto di lavoro, cioè la giusta causa e il giustificato motivo. Il licenziamento per giusta causa trova il suo fondamento legislativo nell'art. 2119 c.c., il quale consente al datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro, senza preavviso, quando si verifichi una causa che non ne consenta la prosecuzione, neanche a titolo provvisorio. Il licenziamento per giusta causa costituisce la più grave delle sanzioni applicabili al lavoratore e può considerarsi legittimo solo quando la mancanza di cui il dipendente si è reso responsabile rivesta una gravità tale che qualsiasi altra sanzione risulti insufficiente a tutelare l'interesse del datore di lavoro²³⁶. Per quanto riguarda la fattispecie, «la giusta causa deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto e, in particolare, dell'elemento fiduciario, dovendo il giudice valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nei quali sono stati commessi e all'intensità del profilo intenzionale, dall'altro, la proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta, per stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario, su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia tale, in concreto da giustificare la massima sanzione disciplinare; a tal fine, quale comportamento che per la sua gravità è suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro, può assumere rilevanza disciplinare anche una condotta che, seppur compiuta al di fuori della prestazione lavorativa, sia idonea, per le modalità concrete con cui essa si manifesta, ad arrecare un pregiudizio, non necessariamente di ordine economico, agli scopi aziendali»²³⁷. È pacifico che, riguardando la giusta causa la sfera dei rimedi risolutivi legati alle aspettative riposte dal datore di lavoro sul comportamento immediato e futuro del lavoratore ed in sostanza il rispetto dell'organizzazione e della disciplina aziendale, si debba prescindere nel valutarne l'esistenza dalla circostanza che il comportamento del lavoratore abbia provocato un danno al datore di lavoro. Ne deriva che, ove il comportamento del lavoratore abbia anche provocato un danno, questo sarà comunque risarcibile secondo il diritto comune, a prescindere dall'esercizio del potere di licenziamento²³⁸.

Nel tempo, la contrattazione collettiva ha provveduto a tipizzare delle ipotesi di giusta causa di licenziamento, indicando alcune situazioni che, secondo la valutazione delle parti

²³⁶ Cfr. Cass. 27 ottobre 1995, n. 11163, in *D&L*, 1996, p. 493.

²³⁷ Cass. 9 aprile 2014, n. 8367, in *Lav. nella giur.*, 2014, p. 709.

²³⁸ *Ex multis* Cass. 11 giugno 1988, n. 4010, in *Notiz. giur. lav.*, 1988, p. 847; Cass. 26 giugno 2000, n. 8702, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 943.

sociali, possono integrarne gli estremi, come ad es. reiterati ritardi nell'accesso al lavoro, assenze ingiustificate, insubordinazione ecc. La giurisprudenza ritiene comunque che queste previsioni non siano vincolanti per il giudice, nel senso che non si può escludere la rilevanza quale giusta causa di comportamenti che non siano previsti né è possibile escludere il potere del giudice di verificare la proporzionalità della sanzione espulsiva rispetto all'illecito commesso.

Una seconda causa autorizzativa del licenziamento era il giustificato motivo soggettivo, introdotto e disciplinato dalla l. n. 604/1966, e individuato nella definizione di «un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali» (art. 3). Anche in tal caso siamo in presenza di una condotta riferita al lavoratore, anche se meno grave della giusta causa, dalla quale si distingue perché il giustificato motivo soggettivo impone l'obbligo di preavviso al lavoratore.

Infine, il potere di licenziamento può essere esercitato, oltre che per ragioni collocabili nella sfera dell'inadempimento del lavoratore, anche per ragioni relative all'interesse dell'impresa. A questa ipotesi, il c.d. giustificato motivo oggettivo, si riferisce la seconda parte dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, che ammette il licenziamento «per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa». La giurisprudenza riconduce al giustificato motivo oggettivo le ipotesi di ristrutturazione aziendale, il ridimensionamento dei programmi di sviluppo, la scelta datoriale di concentrare l'attività aziendale su alcuni prodotti e di porre fine alla produzione di altri o la riduzione della redditività dell'impresa. In ragione della garanzia costituzionale della libertà d'iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*, non può ammettersi, secondo la maggior parte della dottrina, che il giudice possa sindacare le scelte tecnico-produttive dell'imprenditore determinanti la necessità del licenziamento; il giudice avrà, invece, un ampio controllo in ordine alla sussistenza o meno del nesso causale tra le scelte imprenditoriali e la decisione in tema di licenziamento.

Il licenziamento illegittimo, ossia privo di giusta causa o di giustificato motivo, prima della riforma Fornero, era disciplinato o dall'art. 18 St. lav. o dalla l. n. 108/1990, in base alle diverse dimensioni occupazionali del datore di lavoro. L'art. 18 si applica: a) ai datori di lavoro con più di 15 dipendenti nell'unità produttiva (o più di 5, se l'impresa è agricola); b) ai datori di lavoro con più di 15 dipendenti nel territorio comunale (o più di 5, se l'impresa è agricola), a prescindere dal numero dei dipendenti nelle singole unità produttive e anche se le

singole unità produttive non raggiungano le dimensioni dei 15 dipendenti; c) ai datori di lavoro con più di 60 dipendenti in ambito nazionale, a prescindere dal numero dei dipendenti nelle singole unità produttive. È solo con l'originario art. 18 del 1970 che il legislatore introduce la tutela reale, ossia, nei casi in cui il giudice riconosceva l'illegittimità del licenziamento, con sentenza avrebbe dovuto ordinare all'imprenditore non solo di reintegrare il lavoratore nel suo posto di lavoro, ma anche di risarcirlo corrispondendogli tutte le retribuzioni dal giorno del licenziamento sino al giorno dell'effettiva reintegrazione al lavoro, compreso il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali (in ogni caso il risarcimento non poteva essere inferiore a 5 mensilità di retribuzione). Il che consentiva di sostenere che l'ordinamento reagisse al licenziamento illegittimo — nell'area della tutela reale — con un duplice atteggiamento: da una parte considerava il datore di lavoro inadempiente all'obbligazione di lavoro e lo condannava alla ricostruzione degli effetti del rapporto *ab origine* (con il pagamento della retribuzione), dall'altra prefigurava una misura minima ed indefettibile del «risarcimento», che aveva natura di penale; quest'ultima si giustificava non come reazione nei confronti dell'inadempimento, ma come sanzione nei confronti dell'impiego arbitrario di un potere «di fatto», quale è quello di sciogliersi dal vincolo obbligatorio²³⁹. La sentenza che accertava l'illegittimità del licenziamento, nella denegata ipotesi in cui il datore di lavoro non ottemperasse all'ordine di reintegra, comunque produceva effetti sul piano retributivo-contributivo del lavoratore, garantendo in ogni caso l'obbligo del datore di lavoro di versare e pagare al lavoratore le retribuzioni successive alla sentenza di reintegra, nonché i relativi contributi, oltre al risarcimento del danno, come visto sopra. L'art. 18 aveva unificato nel trattamento suesposto anche il licenziamento inefficace per vizi di forma *ex* art. 2 della l. n. 604/1966 ed anche il licenziamento nullo perché di rappresaglia — quello cioè intimato per ragioni ideologiche, religiose, politiche o sindacali — *ex* art. 4 della medesima legge.

La legge n. 108/1990, invece, si applica alle ipotesi di licenziamento illegittimo nel caso in cui le aziende non raggiungano quel livello dimensionale che consente l'applicazione dell'art. 18. In questi casi, il datore di lavoro che avesse illegittimamente licenziato il dipendente, ove tale illegittimità fosse stata accertata dal giudice, avrebbe risposto in base ad

²³⁹ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona", n. 159/2012, p. 9.

una tutela obbligatoria, scegliendo cioè tra la riassunzione del lavoratore o la corresponsione di un risarcimento del danno, ma in nessun caso era obbligato alla reintegrazione.

3.4. La riforma Fornero

3.4.1. Il dibattito sulla natura “materiale” o “giuridica” del «fatto contestato» al lavoratore

Venendo ora a ciò che la l. n. 92 in concreto dispone, occorre dire in primo luogo che essa ha effettivamente derubricato il diritto alla stabilità, e profondamente ri-orientato le forme di sindacato giudiziario che erano nate dall’art. 18 e intorno alla finalità di proteggere il diritto del lavoratore alla stabilità. Vigente il vecchio art. 18, la ricerca della giusta causa/giustificato motivo di licenziamento si è strutturata attraverso un *iter* probatorio/argomentativo che, ancorato alla verifica del nesso causale e della possibilità di ricollocamento e costruito il licenziamento come ultima *ratio*, realizzava la tutela della stabilità. Oggi, allorché ammette il licenziamento intimato per motivi economici o disciplinari «quando non ricorrano gli estremi del giustificato motivo», rendendolo illegittimo ma efficace, il legislatore ha affermato chiaramente (e in questo risiede il congedo dal vecchio art. 18) che c’è uno spazio di valutazioni inerenti la efficienza economica o organizzativa dell’impresa, che va lasciato all’impresa medesima; o, più precisamente, che non può essere sindacato, dal punto di vista della finalità di tutelare il diritto o interesse del lavoratore alla stabilità, fino al punto e con l’obiettivo di reintegrare il lavoratore.

La riforma Fornero con il nuovo articolo 18, rubricato ora significativamente “Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo” (e non più “Reintegrazione nel posto di lavoro”), come noto, ha introdotto una graduazione progressiva delle sanzioni applicabili al licenziamento illegittimo, in parallelo con una classificazione dei vizi da cui il recesso stesso può essere affetto. La distinzione a monte di vizi cui ricollegare le varie sanzioni graduate non è più articolata sulla bipartizione tra motivi soggettivi e motivi oggettivi, ma viene agganciata ad una parallela diversificazione dei vizi del licenziamento (tanto soggettivamente quanto oggettivamente inteso) sulla base della loro gravità²⁴⁰. Così si riscontrano ora nel nuovo articolo 18 quattro diversi regimi di conseguenze del licenziamento illegittimo, a seconda dei vizi che qualificano tale illegittimità. Vi sono innanzitutto due opposte ipotesi estreme. Da un

²⁴⁰ L. CARLETTI – S. GRIVET FETA’, *La graduazione delle tutele nel vigente art. 18 l. 300/1970 tra “limiti interni” e “limiti esterni” al potere di licenziamento*, in *Il caso.it*, 4/12/2014, p. 2.

lato, il licenziamento radicalmente nullo, perché discriminatorio, intimato per motivo illecito o in violazione di norme di legge, al quale si applica la “vecchia” tutela reintegratoria piena, con ricostruzione del rapporto di lavoro *ab origine* e corresponsione di tutte le retribuzioni maturate *medio tempore*; si chiarisce che questo regime si applica a prescindere dal requisito dimensionale del datore di lavoro o delle caratteristiche del rapporto. Dall’altro lato, vi è il caso dei vizi meramente formali o procedurali da cui sia affetto il licenziamento, quali la violazione della procedura *ex art. 7 l. n. 604/1966* o della procedura di contestazione dell’illecito disciplinare di cui all’art. 7 St. lav.: in questi casi, ai sensi del 6° comma del nuovo art. 18, al lavoratore spetterà una tutela meramente economica, nella forma di un risarcimento determinato tra una somma minima di 6 mensilità retributive ed una massima di 12 mensilità. Accanto a queste due ipotesi, ne esistono due ulteriori “mediane”, tra le quali più che una alterità, vi è una vera e propria graduazione: si tratta della c.d. tutela reale debole (o attenuata), di cui al 4° comma, che prevede per il lavoratore illegittimamente licenziato la reintegra sul posto di lavoro e una indennità risarcitoria, priva di un limite minimo, che non potrà superare l’ammontare massimo di 12 mensilità retributive; e della tutela indennitaria forte, di cui al 5°, per cui al lavoratore spetterà unicamente un risarcimento di importo compreso tra le 12 e le 24 mensilità. Come evidente dalla distinzione terminologica, si tratta di individuare il confine tra quelle possibilità di illegittimità che comunque non toccano l’idoneità del recesso datoriale a recedere il rapporto di lavoro e quei casi in cui invece il licenziamento viziato non interrompe il rapporto. Come è stato acutamente osservato, si tratta del «punto cruciale di quanto spazio continuare a dare, nell’applicazione del nuovo art. 18, alla tutela reintegratoria [...], e quanto concederne, di contro, alla nuova, nonché “eversiva” [...] tutela indennitaria o economica»²⁴¹.

Per quanto concerne il licenziamento disciplinare, ossia – dopo la già richiamata sentenza 30 novembre 1982, n. 204 – qualunque licenziamento intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, l’attuale art. 18 prevede, per le ipotesi in cui il giudice «accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro», la possibilità di applicare come conseguenza sanzionatoria sia la reintegra attenuata sia la tutela indennitaria forte: si avrà il primo caso, *ex* 4° comma, quando il licenziamento appaia illegittimo «per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il

²⁴¹ R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconsezioni e confronti*, Milano, 2014, p. 14.

fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili», mentre si rientrerà nel caso del 5° comma «nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro». Come osservato da alcuna dottrina²⁴², sembra difficilmente individuabile il criterio discrezionale tra «l'insussistenza del fatto contestato» e le «altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro».

In particolare, un primo problema riguarda la definizione del concetto di “insussistenza del fatto contestato” alla luce dei due principali orientamenti. Al primo orientamento²⁴³ appartengono coloro i quali ritengono che il legislatore con questa espressione abbia inteso riferirsi al fatto storico descritto dal datore di lavoro nella lettera di contestazione, cioè al c.d. fatto materiale nei suoi connotati concreti all'interno della realtà empirica. Secondo questa impostazione, una volta accertato che il fatto è realmente e storicamente avvenuto, per il giudice non vi sarebbe più la possibilità di applicare la sanzione della reintegra attenuata, ma tutt'al più egli potrebbe concedere al lavoratore la tutela indennitaria forte, qualora ritenesse viziato il licenziamento intimato. Al secondo indirizzo²⁴⁴ appartengono, invece, coloro che ritengono che il legislatore abbia voluto riferirsi non solo al fatto materiale, inteso nella sua storicità, bensì ad un concetto già giuridificato di «fatto avente gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa», il quale deve dunque essere inteso come «il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo»²⁴⁵; secondo questo indirizzo, noto anche come orientamento

²⁴² L. CARLETTI – S. GRIVET FETA', *La graduazione delle tutele nel vigente art. 18 l. 300/1970 tra “limiti interni” e “limiti esterni” al potere di licenziamento*, in *Il caso.it*, 4/12/2014, p. 5.

²⁴³ Questa è l'opinione espressa da A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 435; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 623; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 155/2012; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 4, p. 1064 ss.

²⁴⁴ In dottrina, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 555; M. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 159/2012; P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 160/2012, p. 19; PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5, 2012, p. 788; R. RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in www.csdle.lex.unict.it; F. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 564; in giurisprudenza, Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012; Trib. Ravenna, ord. 18 marzo 2013.

²⁴⁵ Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012.

“del fatto giuridico”, la sanzione della reintegra attenuata sarebbe applicabile dal giudice non solo nel caso di un fatto materiale storicamente insussistente, ma anche nel caso di un fatto materiale sì accaduto e sussistente ma che agli occhi del giudice appaia privo di quei requisiti idonei a sovrapporlo alla nozione legale di giusta causa o giustificato motivo soggettivo (in considerazione della gravità del fatto stesso e/o del danno, della proporzionalità tra il fatto e la sanzione del licenziamento, dell'intensità del dolo o della colpa nell'inadempimento).

La teoria del fatto materiale sembra essere stata condivisa dalla prima sentenza della Corte di Cassazione in materia, la sentenza 6 novembre 2014, n. 23669, ove il giudice di legittimità afferma che «occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato».

Una diversa ricostruzione è operata dalle prime due ordinanze pubblicate – entrambe emesse del Tribunale di Bologna – che hanno dovuto fare i conti con la parte sostanziale del nuovo art. 18 a partire dalla entrata in vigore della riforma, il 18 luglio 2012, per saggiare il dibattito dottrinale che ne è conseguito.

La prima di queste, del 25 settembre 2012 (giudice Coco)²⁴⁶, sotto il profilo sostanziale, ha messo in evidenza la questione, di grandissima importanza, della qualificazione del fatto ai fini del giudizio sulla legittimità del licenziamento disciplinare e della tutela applicabile. Un primo orientamento dottrinale sostiene che la sanzione più forte ed incisiva, ovvero la reintegrazione, sia possibile solo quando il fatto contestato non sussiste; mentre la sanzione dell'indennità risarcitoria è applicabile quando il giudice deve valutare se quel fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento. In quest'ottica, si sostiene che nel suo percorso decisorio il giudice debba operare una duplice valutazione del

²⁴⁶ La vicenda riguardava la “mancata custodia” di un'arma da fuoco da parte di una guardia giurata che per un breve tempo non portava con sé quella in dotazione, rimasta comunque custodita in un cassetto, comportamento ritenuto fattispecie di giusta causa dal datore di lavoro che gli ha intimato il licenziamento ai sensi dell'art. 2119 c.c., del c.c.n.l. e della disciplina amministrativa ritenuta applicabile.

fatto, in questa sequenza: ai fini della valutazione dell'esistenza della giusta causa ed ai fini della scelta della sanzione²⁴⁷. La prima operazione logica del giudice sarebbe quella di accertare comunque se il fatto ipotizzato dal datore sussista o non sussista, perché in caso di insussistenza egli dovrebbe senz'altro applicare la reintegra senza necessità di effettuare la valutazione successiva. Solo in caso di sussistenza del fatto egli dovrebbe operare una valutazione giuridica, accertare cioè se esso integri o meno la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo. Ritorna però l'interrogativo già incontrato: di quale fatto si sta parlando? Del fatto materiale o del fatto giuridico? La tesi del fatto giuridico va preferita, come visto, non solo per ragioni letterali, ma anche per la considerazione che non ha senso logico separare il peso e l'accertamento dell'elemento soggettivo da quello dell'elemento materiale: se il fatto contestato dal datore alla base del licenziamento richiede per la sua integrazione come giusta causa la presenza di una caratterizzazione soggettiva della condotta, non si vede come si possa prescindere e come possano sussistere gli «estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro» se l'elemento soggettivo contestato non sussiste²⁴⁸. Dunque perché esista il fatto contestato come giusta causa devono parimenti esistere tutti gli elementi costitutivi della fattispecie della giusta causa e devono essere presenti anche gli elementi negativi del fatto, cioè le esimenti, dalla cui presenza non residua alcuna antiggiuridicità. Da ciò deriva che ai fini della scelta della tutela nel licenziamento disciplinare il giudice non può guardare soltanto al mero fatto ipotizzato e contestato dal datore, ma deve guardare allo stesso fatto in relazione alla giusta causa e, in ipotesi di sussistenza di un fatto che non abbia rilevanza come giusta causa, egli non potrà che concedere la reintegrazione, al pari del caso in cui il fatto non sussiste²⁴⁹. Ed è questo il ragionamento seguito dal giudice nel caso in questione: pur riscontrando positivamente l'accusa, ha osservato che «è escluso che la normativa evocata preveda che la guardia giurata porti sempre indosso l'arma [...],

²⁴⁷ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 436 ss: «Nel primo caso il giudice dovrà stabilire se il fatto (il comportamento del dipendente o la ragione aziendale) integra o meno la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo. In tale direzione procederà con le modalità fin qui praticate dalla giurisprudenza, anche perché le causali che legittimano il licenziamento non hanno subito alcuna variazione, quindi al riguardo non si registrano novità di rilievo. Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice dovrà, poi, individuare la sanzione da applicare nel caso concreto utilizzando i criteri selettivi stabiliti dal nuovo art. 18. Quindi non si tratta di scegliere la sanzione in base ad una discrezionale valutazione affidata al giudice (come avviene nell'ordinamento tedesco), ma appunto, di verificare la sussistenza dei presupposti legali che rendono applicabile, in luogo dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva, la reintegrazione».

²⁴⁸ R. RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 5.

²⁴⁹ R. RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 5.

disponendo bensì che la custodia delle armi deve essere assicurata con diligenza», cosa che in questo caso era avvenuta, essendo l'arma al sicuro in un cassetto.

La seconda ordinanza, del 15 ottobre 2012 (giudice Marchesini), ha affermato esplicitamente che parlando di “fatto” la norma faccia necessario riferimento «al c.d. fatto giuridico, inteso come globalmente accertato nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo», quindi non solo al fatto materiale, ma anche all'elemento psicologico. Se si ritenesse, infatti, che la formula «insussistenza del fatto» facesse riferimento al solo fatto materiale, vi sarebbe una «violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo ma privi dell'elemento psicologico o, addirittura, privi della coscienza o volontà dell'azione». Di conseguenza, il giudice ha dato atto che l'indagine deve essere necessariamente plurifattoriale, osservando anche che «la qualificazione e la valutazione di tale fatto, come di qualunque fatto storico, richiede la contestualizzazione del fatto medesimo e la sua collocazione nel tempo, nello spazio, nella situazione psicologica dei soggetti operanti, nonché nella sequenza degli avvenimenti e nelle condotte degli altri soggetti che hanno avuto un ruolo nel fatto storico in esame e nelle condotte *post factum* dei protagonisti». Alla luce della valutazione di tutte le circostanze che hanno caratterizzato il fatto concreto e delle consolidate attenuanti al riguardo (la qualifica di responsabile del reparto qualità, qui destinato a giocare a favore del lavoratore per la ricaduta stressante delle scadenze lavorative; l'assenza di precedenti disciplinari; la stesura dell'e-mail in una situazione di stress; il carattere denigratorio dell'e-mail inviatagli dal superiore gerarchico), il giudice è pervenuto alla conclusione che «*sotto il profilo della valutazione della gravità del comportamento addebitato al ricorrente*» lo stesso è inidoneo ad integrare il concetto di giusta causa *ex art. 2119 c.c.* In questo caso, il giudice ha trasposto la valutazione sulla gravità del fatto, richiesto dal paradigma generale della giusta causa *ex art. 2119 c.c.*, anche all'interno del giudizio sul fatto valevole secondo l'art. 18 per la scelta della sanzione.

Come è stato acutamente osservato da F. Carinci, in un commento all'ordinanza in questione, pare che «una volta percorsa quella parte della vecchia, sicura e nota strada, che porta ad accertare l'inesistenza della giusta causa o del giustificato motivo, sembra assai più

facile e tentante continuarla nella seconda parte, fino alla condanna alla reintegra, piuttosto che abbandonarla per una ripartenza da zero su una nuova, insicura ed ignota tratta, data da una verifica dell'insussistenza del "fatto contestato" e della sua riconduzione tra le condotte punibili con una sanzione conservativa»²⁵⁰.

3.4.2. Il licenziamento annullabile: giusta causa e giustificato motivo soggettivo

Dalle considerazioni svolte è intuibile che l'area del licenziamento annullabile sia quella che inevitabilmente ha dato luogo alle discussioni dottrinarie più accese, dal momento che è in questo ambito che si consuma la grande alternativa tra tutela reintegratoria, seppur attenuata, ed una tutela esclusivamente economica.

La tutela reintegratoria attenuata²⁵¹ si applica con riferimento alle seguenti situazioni:

- a) in caso di assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ove il fatto contestato non sussista ovvero il medesimo rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle tipizzazioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa previste dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari applicabili;
- b) in caso di assenza di giustificato motivo oggettivo connesso all'inidoneità fisica o psichica del lavoratore (art. 4 della l. n. 68 del 1999) o per il mancato superamento del periodo di comporta (art. 2110, 2° comma c.c.).
- c) in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo, con la essenziale particolarità secondo cui in tale ipotesi il giudice può (e non deve)

²⁵⁰ F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in www.csdllex.unict.it, p. 7.

²⁵¹ Art. 18, 4° comma, così come riformato dalla l. n. 92/2012: «Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione (cioè dedotto, in tal caso, sia l'*aliunde perceptum* che l'*aliunde percipiendum*, ndr). In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione [...]. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma (c.d. 15 mensilità, ndr)».

applicare il regime attenuato, dovendosi ritenere che potrebbe logicamente optare per l'applicazione del regime reintegratorio pieno.

In tali casi la tutela consiste nell'ordine di reintegrazione, ma con diversa articolazione del risarcimento per il periodo intermedio, che non può essere superiore a 12 mensilità di retribuzione (dedotto l'*aliunde perceptum* e *percipiendum*)²⁵²; resta ferma la copertura contributiva per l'intero periodo dal licenziamento alla reintegrazione, dedotta la contribuzione versata con riferimento alla eventuale attività lavorativa svolta *medio tempore*.

La tutela indennitaria forte²⁵³, invece, si applica ad altre ipotesi:

- a) in tutti i casi, diversi da quelli già ricordati, di assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo;
- b) in tutti i casi, diversi da quelli ricordati in precedenza, di assenza di giustificato motivo oggettivo.

Il regime consiste nella declaratoria giudiziale della risoluzione del rapporto di lavoro e nella condanna del datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, nonché delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della nuova procedura obbligatoria di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966.

Come detto precedentemente, il punto centrale del combinato disposto del 4° e del 5° comma risiede tutto nell'individuazione di quale sia la fattispecie di licenziamento

²⁵² Cfr. tra le tante, Cass. 26 ottobre 2010, n. 21919, in *Rep. Foro it. 2010, Lavoro (rapporto)*, Voce n. 922, secondo cui: «Ai fini della sottrazione dell'*aliunde perceptum* dalle retribuzioni dovute al lavoratore, è necessario che risulti la prova, il cui onere grava sul datore di lavoro, non solo del fatto che il lavoratore licenziato abbia assunto nel frattempo una nuova occupazione, ma anche di quanto percepito, essendo questo il fatto che riduce l'entità del danno presunto»; nonché Cass. 17 novembre 2010, n. 23226, in *Mass. giust. civ.*, 2010, p.11, per cui: «grava esclusivamente sul datore di lavoro l'onere di provare, pur con l'ausilio di presunzioni semplici, l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*, allo scopo di conseguire il ridimensionamento della qualificazione del danno (vedi Cass. 19 gennaio 2006, n. 945; Cass. 5 aprile 2004, n. 6668; Cass. 8 giugno 1999, n. 5662)».

²⁵³ Art. 18, 5° comma, così come riformato dalla l. n. 92/2012: «Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento (della sola, ndr) indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo».

ingiustificato che, per gravità e spessore, porta all'applicazione di una tutela ancora reale e quali le "altre ipotesi" cui è ora riservata solo la tutela indennitaria. Come è stato osservato da alcuna dottrina, «il 4° comma e la reintegrazione si applicano quando la procedura disciplinare risulta imbastita sul nulla o su grossi equivoci, più o meno imputabili al datore di lavoro ma in ogni caso non troppo difficilmente accertabili; detta sotto il profilo qualitativo, in situazioni nelle quali il licenziamento disciplinare illegittimo abbia finito col ledere l'onorabilità della persona del lavoratore, in linea con la convinzione che la reintegrazione debba essere riservata, come nel primo comma, a garanzia dei diritti assoluti del lavoratore»²⁵⁴.

La seconda ipotesi, riguardante il fatto che rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, individua i casi in cui il datore di lavoro abbia commesso lo sbaglio di applicare la sanzione espulsiva laddove le diverse fonti contrattuali o disciplinari del regolamento aziendale prevedano una sanzione solo conservativa. Ma, attenendosi al testo della legge, vi sono anche altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, ipotesi in cui l'illegittimità del licenziamento dovrebbe essere sanzionata con la reintegrazione. Al riguardo è stato affermato che «questo vuol dire che l'estensore del testo ha voluto usare una formula ellittica per esprimere l'intenzione di evitare la reintegrazione ogniqualvolta il giudice si trovi a giudicare di comportamenti astrattamente rientranti in casi previsti dai contratti collettivi come legittimanti il licenziamento, ma da lui valutati come inadeguati a rivestire il grado di gravità richiesto dalla fattispecie legale (si pensi ad esempio al furto, previsto da contratti collettivi come legittimante il licenziamento, ma talvolta dalla giurisprudenza valutato non sufficiente a giustificare il licenziamento quando riguardi beni di modico valore)»²⁵⁵. Di conseguenza, in tutte le *altre ipotesi* per le quali il giudice ritenga sproporzionata ex art. 2106 c.c. la sanzione espulsiva e sarebbe stato indotto, nella situazione *ante* riforma, a disporre la reintegrazione con conversione della sanzione espulsiva in altra di natura conservativa, ora molto probabilmente, stante le controverse opinioni dottrinali al

²⁵⁴ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 21; della stessa opinione, M. MEUCCI, *La nuova disciplina dei licenziamenti: una legge malfatta*, in www.altalex.com, 11 luglio 2012, p. 6.

²⁵⁵ F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 3.

riguardo, dovrebbe disporre la risoluzione del rapporto accompagnata da un indennizzo risarcitorio, peraltro limitato ad un importo compreso tra 12 e 24 mensilità della retribuzione, quale che sia stato l'arco di tempo intercorso tra il recesso e la sentenza che ne dichiara l'illegittimità, «implicitamente affermandosi così il principio, contrario ad una radicata tradizione civilistica, secondo cui la durata del processo giocherebbe in danno del lavoratore anche quando la domanda da lui proposta abbia trovato pieno accoglimento»²⁵⁶.

Può affermarsi – come è stato osservato – che: «si applicherà il comma 4 nelle ipotesi non frequenti nelle quali venga disattesa la tipizzazione (disciplinare) mentre si applicherà il comma 5 nelle “altre ipotesi”, cioè, con frequenza ben maggiore, tutte le volte in cui la tipizzazione (disciplinare) sia stata rispettata, ma il licenziamento sia giudicato illegittimo per altre ragioni, legate alle contingenze concrete, come lo stato psicologico del lavoratore e il suo grado di colpevolezza, la posizione ricoperta in azienda, il livello di professionalità, la rilevanza delle conseguenze dannose del comportamento ecc. L'ambito di applicazione della reintegrazione risulterà perciò alquanto ristretto [...]»²⁵⁷. Questa posizione propende per la netta prevalenza – nonostante la “mediazione” correttiva a livello politico, più che sindacale – della tutela indennitaria rispetto a quella reintegratoria²⁵⁸. Di diverso avviso è chi ha riscontrato una evidente difficoltà nel contrapporre idealmente la prima fattispecie (la cui ampiezza sembra esaurire lo spazio del giudizio di invalidazione) rispetto alla seconda, indicata con la formula sintetica “altre ipotesi”, con la conseguenza che la tutela reintegratoria apparirebbe generalizzata, mentre quella economica sarebbe relegata in ruolo ipotetico e residuale²⁵⁹.

Per quanto riguarda l'individuazione delle “altre fattispecie”, che comportano l'applicazione della sola tutela risarcitoria, sembra che siano quelli che hanno i seguenti requisiti: a) la condotta censurabile contestata al lavoratore risulti essere stata effettivamente tenuta; b) la condotta non rientri in una delle fattispecie rispetto alle quali il contratto collettivo o il codice disciplinare aziendale prevede una sanzione conservativa, ma una

²⁵⁶ Associazione per i diritti sociali e di cittadinanza, *La riforma del mercato del lavoro: un “piano” (inclinato) per la riduzione delle tutele dei lavoratori*, p. 5.

²⁵⁷ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 24.

²⁵⁸ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 23; M. MEUCCI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in www.altalex.com, 11 luglio 2012, p. 7.

²⁵⁹ M. PAPALEONI, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: “Mons tremuit, et mus parietur”*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 6.

sanzione espulsiva ovvero che non è stata affatto tipizzata nel codice disciplinare; c) il giudice ritenga che quella condotta censurabile non sia idonea ad incidere sull'affidamento fiduciario riposto nel lavoratore e, quindi, non ritiene che possa costituire il presupposto per la risoluzione del rapporto di lavoro.

È stato osservato che il principio di proporzionalità della sanzione all'infrazione permane integro «perché non costituisce il mero e semplice contenuto di un articolo del codice che, peraltro, non è stato abrogato esplicitamente o implicitamente; ma l'elemento caratterizzante dello stesso esercizio del potere disciplinare, che come tale lo connatura e lo condiziona nel suo stesso esistere»²⁶⁰.

Una difficoltà per l'interprete deriva dalle ipotesi, nella realtà molto frequenti, nelle quali i contratti collettivi contengono una elencazione non esaustiva delle condotte disciplinarmente rilevanti e punite con la sanzione disciplinare conservativa oppure delle ipotesi in cui il codice contenuto nel contratto appaia totalmente carente. Si può prendere ad esempio il caso della insubordinazione che spesso è graduata con riguardo alla sua gravità, secondo uno spettro che spazia dalla insubordinazione lieve a quella grave o gravissima; dato che in questi casi il contratto non dice a quale fatto materiale debba attribuirsi la qualificazione di insubordinazione lieve o grave, resta aperto uno spazio per l'intervento del giudice che, dopo aver individuato il fatto e verificata la sua ricorrenza in concreto, dovrà collocarlo entro la categoria astratta evocata dal codice disciplinare. Si è al riguardo affermato che «in queste ipotesi, la semplice omessa menzione, nel codice disciplinare, della condotta contestata al lavoratore licenziato, seppure assimilabile, come gravità, ad un'altra per la quale è applicata la sanzione conservativa, dovrebbe portare il giudicante ad affermare la legittimità del recesso, a causa dell'inesistenza di una previsione che riconduca alla condotta in contestazione una diversa sanzione di tipo conservativo»²⁶¹. La conclusione a cui sopraggiunge questa dottrina appare drastica ed inaccettabile, perché il giudice detiene pur sempre il potere-dovere legale di azionare il principio di proporzionalità della sanzione all'infrazione e, se azionando questo criterio, raggiungerà la convinzione che quel comportamento censurabile era meritevole di una sanzione solamente di tipo conservativo, disporrà legittimamente la reintegra del lavoratore, come per le ipotesi di infrazione tipizzate

²⁶⁰ F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, p. 529 ss. e in www.csdllex.unict.it, p. 21.

²⁶¹ Così F. ALVARO, *Riforma del lavoro Fornero: prime considerazioni*, in www.altalex.com.

nel codice disciplinare²⁶². Ragionando diversamente ed accogliendo la tesi della sanzione della risoluzione del rapporto con indennizzo, si dovrebbe concludere che l'omissione di una tipizzazione nel codice disciplinare di un comportamento censurabile verrebbe fatta ricadere ingiustamente sul lavoratore, il che non è accettabile.

Al di fuori di questi casi, se per un tipo di comportamento è prevista solo la sanzione del licenziamento, il giudice potrà valutare che nel caso concreto non c'è un notevole inadempimento e che la condotta abbia una gravità intermedia tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa o una sospensione, e quella invece che legittimerebbe il recesso; in questo caso il giudice dichiarerà l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l'effetto risolutivo del rapporto e condannerà alla tutela indennitaria di cui al 5° comma dell'art. 18. Si pensi al caso in cui venga contestato al lavoratore un danneggiamento volontario dei beni aziendali²⁶³. Se, all'esito dell'istruttoria anche sommaria, si accerti che non vi è stata un'azione dannosa o che essa, pur esistente, è stata compiuta da un altro lavoratore, il licenziamento sarà illegittimo e il dipendente dovrà essere reintegrato. Le medesime conseguenze si verificheranno se il danneggiamento volontario è punito dal contratto collettivo o dal codice disciplinare con una sanzione conservativa (come avviene nel contratto metalmeccanico del 2008, art. 10, o in quello edili dello stesso anno, art. 100). Oppure, se in assenza di una regolamentazione espressa da parte degli atti indicati, il magistrato ritiene che, ai sensi dell'art. 2106 c.c. ed alla luce della valutazione complessiva della condotta, non vi sia proporzione tra fatto e sanzione. Si immagini che il danneggiamento sia stato solo colposo o abbia prodotto danni estremamente limitati o sia conseguenza anche di anomalie tecniche e simili. Al contrario, se l'azione dannosa è stata compiuta dal lavoratore ed il giudice ritiene che si tratti di un'ipotesi di tale gravità da poter costituire giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, il magistrato confermerà la legittimità del recesso. Può accadere, invece, che il giudice, sempre in base alla considerazione di tutti gli elementi già descritti, qualifichi il comportamento come più grave di quello punibile con una sanzione conservativa ma non così rilevante da legittimare il recesso. In questo caso accerterà che il

²⁶² M. MEUCCI, *La nuova disciplina dei licenziamenti: una legge malfatta*, in www.altalex.com, 11 luglio 2012, p. 8.

²⁶³ L'esempio è ripreso da V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 556 ss.

licenziamento è ingiustificato e condannerà soltanto al pagamento dell'indennità risarcitoria che graduerà nei limiti previsti dalla legge e secondo i parametri di cui all'art. 18, 5° comma.

Quello che è stato fatto notare da alcuna dottrina è che l'ipotesi di gran lunga più frequente nelle controversie sui licenziamenti disciplinari è quella della mancanza di proporzione tra infrazione e sanzione: in 9 casi su 10 si discute, infatti, di un fatto che astrattamente potrebbe dar luogo al licenziamento, ma che viene parzialmente giustificato da ragioni di contesto ossia da attenuanti o esimenti (come nel caso del lavoratore che sia effettivamente insubordinato ma solo perché gravemente provocato). Come è stato osservato, il vero problema consiste nel fatto che «il caso di un lavoratore accusato di un fatto che non ha commesso o addirittura di un fatto inesistente è poco più che un caso di scuola e l'ipotesi che il datore di lavoro sia così disavveduto da punire con il licenziamento un'infrazione che il contratto punisce solo con una sanzione minore di multa o sospensione (ad esempio sanzione per assenza ingiustificata per un solo giorno) costituisce anch'essa un'ipotesi di scuola»²⁶⁴.

3.4.3. Il ruolo della motivazione

Il tratto distintivo forte della riforma, abbiamo visto, è la disgregazione della tutela reale in una serie di sottoinsiemi che gradualmente scemano verso una tutela economica sempre meno marcata. Tramonta quindi la logica binaria legittimità/illegittimità, legata alla verifica della sussistenza/insussistenza della giustificazione: il controllo sulla giustificazione richiede ora un doppio sforzo, perché vale a delineare oltre alla legittimità anche il modello di tutela applicabile²⁶⁵. In sostanza l'applicabilità dell'una o dell'altra tutela è legata ad una serie di variabili connesse anche ai presupposti giustificativi del recesso ed alla loro consistenza. Tale nuovo assetto dovrebbe comportare un nuovo e più rilevante ruolo della motivazione del licenziamento, che ora è giustamente imposta come obbligatoriamente contenuta nella lettera di licenziamento, dovendo fissare sia i presupposti del giustificato motivo oggettivo e quelli del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, sia quelli della tutela applicabile. Sennonché su questo punto si rileva una prima grave contraddizione nella legge: infatti, al riconoscimento dell'importanza della comunicazione della motivazione del recesso non corrisponde – in caso di omessa motivazione – la sanzione dell'inefficacia/inesistenza del

²⁶⁴ P. ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, 17.04.2012, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, p. 4.

²⁶⁵ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona*, n. 159/2012, p. 5.

medesimo, ma solo una reazione risarcitoria (da 6 a 12 mensilità, come previsto dal 6° comma dell'art. 18), essendo collegata la sanzione forte (con il corollario della reintegrazione a tutto tondo) al solo licenziamento non comunicato per iscritto. Come giustamente viene fatto notare, è intuitivo che «il datore di lavoro (o almeno un datore di lavoro abbiente) potrebbe omettere ogni informativa sulle ragioni del recesso, scegliendo una tattica attendista nelle more dell'impugnazione da parte del lavoratore», realizzando in tal modo una evidente svalutazione delle regole formali e del diritto di difesa, che appare di dubbia costituzionalità²⁶⁶. È stato da alcuni posto l'accento su come la nuova disciplina svaluti in modo rilevante il principio del contraddittorio e quelli di conoscibilità ed immutabilità del licenziamento²⁶⁷. Quando il datore avrà dubbi o insufficienti elementi di prova o condizioni economiche incerte, si limiterà a specificare per iscritto il recesso, altrimenti inefficace, non indicando le ragioni dell'interruzione del contratto. Il lavoratore non saprà dunque se e come fare ricorso e si ritroverà ad agire al buio, mentre il datore di lavoro potrà svelare le ragioni del licenziamento solo in sede giudiziaria, acquisendo un indubbio vantaggio processuale e potendo modificare e “costruire”, nel corso del processo, le motivazioni a fondamento del licenziamento che potranno apparire anche assai diverse da quelle che lo hanno originato realmente. In altre parole, per il datore di lavoro potrebbe essere molto conveniente non fornire alcuna motivazione al licenziamento: in tal modo, eluderebbe la reintegrazione pagando una indennità risarcitoria pari alla metà di quella prevista per il licenziamento ingiustificato, esponendosi al modesto rischio di una causa in cui sarà comunque avvantaggiato dal poter scoprire le carte che vorrà nel momento in cui lo riterrà opportuno e, nel caso in cui risultasse soccombente nel processo, si troverebbe a reintegrare il lavoratore con le limitate sanzioni accessorie previste dal 4° comma²⁶⁸.

Oltre all'ipotesi della mancanza di motivazione, il 6° comma del nuovo art. 18 prevede altre due ipotesi di inefficacia del recesso le cui conseguenze sono non più la reintegrazione, bensì una monetizzazione dimezzata rispetto a quella prevista dal 5° comma: 1) la violazione

²⁶⁶ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 159/2012, p. 6 ss.

²⁶⁷ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in Riv. it. dir. lav., 3, 2012, p. 542 ss.

²⁶⁸ P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornaro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 160/2012, p. 9; A. PICCININI, *Le modifiche all'art. 18*, in www.bollettinoadapt.it, 11 aprile 2012, p. 7; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in Riv. it. dir. lav., 3, 2012, p. 542.

della procedura di cui all'art. 7 St. lav., che prevede per tutti i provvedimenti disciplinari una preventiva contestazione degli addebiti e concessione di termini a difesa; 2) violazione della procedura di cui all'art. 7 l. n. 604/1966 così come modificata dalla riforma. Dalla riforma Fornero le violazioni di tipo formale e procedurale, a parte il caso del licenziamento orale, escono notevolmente alleggerite, nell'implicito presupposto che i vizi di forma non possono essere sanzionati in modo più rigido dei vizi sostanziali. Il presupposto, seppur condiviso dalla dottrina maggioritaria, non sembra cogliere la funzione di trasparenza e di garanzia cui quelle regole assolvono e che perciò portano ad escludere una comparazione e graduazione di tipo meramente quantitativo²⁶⁹.

La nuova disciplina depotenzia a tal punto gli oneri procedurali che è stata anche proposta una interpretazione correttiva, con applicazione della tutela reintegratoria e del risarcimento del danno regolati dal 4° comma dell'art. 18²⁷⁰; tesi condivisibile negli scopi, ma inaccettabile, a meno che non si voglia prescindere del tutto dal tenore letterale della disposizione. Chi ha sostenuto l'opportunità e la bastevolezza del risarcimento nei casi descritti si è basato sull'assunto che quando il licenziamento sia sostanzialmente giustificato non è leso alcun diritto assoluto della persona, ma vi è in gioco "solo" la responsabilizzazione del datore di lavoro circa il rispetto di un procedimento imposto per l'esercizio di una sua prerogativa²⁷¹. Posto che è tutto da dimostrare che si riesca in tal modo ad ottenere tale responsabilizzazione, va evidenziato che la mancata contestazione dell'addebito impedisce la difesa del lavoratore che, come noto, rappresenta un diritto costituzionalmente garantito ex art. 24 Cost., e destinato, in quanto espressione di "valori di civiltà giuridica", ad operare sempre quando vengano in considerazione poteri punitivi riconosciuti dall'ordinamento²⁷².

²⁶⁹ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni* in www.csdle.lex.unict.it/, p. 6.

²⁷⁰ M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in www.csdle.lex.unict.it/.

²⁷¹ ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*. Relazione al Convegno del Centro nazionale di Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", Pescara, 11.05.2012, in www.pietroichino.it/, p. 23.

²⁷² M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, Milano, 2013, disponibile in www.aidlass.it/, p. 27; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 543.

3.4.4. «Una riforma a favore del più forte»²⁷³?

Anche se posto al margine del nostro ambito di interesse, è il caso di accennare brevemente alla mutata disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo²⁷⁴ e quindi fondato su «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa». La digressione ci permetterà di meglio comprendere le finalità dell'intervento riformatore, al fine cogliere appieno la portata delle modifiche operate alla fattispecie del licenziamento disciplinare.

Oltre a un procedimento di conciliazione da esperire preventivamente davanti alla commissione provinciale di conciliazione, previa comunicazione alla Direzione Territoriale di Lavoro, prevede che ove sia stata riscontrata la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo, il giudice *può* annullare il licenziamento e condannare il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione) con un massimo di 12 mensilità della retribuzione globale di fatto; a ciò si aggiunge il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione (maggiorati degli interessi nella misura legale ma senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione) con deduzione dei contributi accreditati al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative durante il periodo di estromissione. In sostituzione della reintegrazione, al lavoratore è data la facoltà, entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, di chiedere al datore di lavoro un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, alla quale si aggiunge peraltro il diritto a percepire il risarcimento del danno nell'identica misura sopra indicata. Se vi è inesistenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo: il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione

²⁷³ L. GALLINO, *Una riforma a favore del più forte*, in *La Repubblica*, 24 aprile 2012.

²⁷⁴ Vedi P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 160/2012; GARGIULO, Umberto, *Il licenziamento "economico" alla luce del novellato art. 18*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 203/2014.

alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La reintegrazione, dunque, in linea con le finalità e le intenzioni della riforma, sarebbe prevista come eventualità nelle sole ipotesi di «manifesta insussistenza» del fatto posto a fondamento del licenziamento²⁷⁵, eventualità che – come notato da Alleva – risulta essere anche in questo caso più che altro un'ipotesi di scuola; a maggior ragione tenendo conto del fatto che l'insussistenza deve essere addirittura manifesta e quindi non ricavabile da indizi o deduzioni, ma palese, come nel caso in cui il datore di lavoro abbia portato a ragione del licenziamento la chiusura di un esercizio commerciale che invece è tuttora aperto o un passivo di bilancio che invece indica un attivo²⁷⁶.

Il potere di applicare la sanzione reintegratoria è connesso all'accertamento della manifesta insussistenza, ma anche quando c'è questa ipotesi il magistrato non è tenuto a reintegrare, ma può discrezionalmente decidere se ricostruire o meno il rapporto di lavoro. Tra l'altro questa discrezionalità è assoluta, in quanto il 7° comma chiarisce che i criteri previsti dalla legge si applicano soltanto per individuare, nei limiti minimi e massimi, l'indennità risarcitoria. La differenza di disciplina con il licenziamento disciplinare può essere giustificata in considerazione dell'assenza di una tutela costituzionale del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e della discrezionalità lasciata al legislatore di utilizzare anche altre forme risarcitorie. Questa regolazione non è detto che sia conforme al principio di uguaglianza, protetto dall'art. 3 della Costituzione, il quale impone parità di trattamento quando sussistono eguali condizioni soggettive ed oggettive, mentre devono essere regolate in modo diverso situazioni diverse. La comparazione deve essere compiuta tra le normative attinenti al licenziamento disciplinare e quello economico, la cui diversità di regolazione è stata da alcuni giustificata dalla diversità degli interessi in gioco: nel licenziamento disciplinare la reintegra sarebbe legata ad una «mancanza mai commessa», e quindi quando viene lesa «l'onorabilità della persona», mentre nel licenziamento economico sarebbe per lo più «leso soltanto un

²⁷⁵ Così, in modo molto chiaro, O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 159/2012, p. 20, per il quale: «È difficile fugare l'impressione che, il legislatore, nel caso dei licenziamenti economici, abbia voluto limitare ad ipotesi davvero residuali il diritto ad una tutela reintegratoria», come dimostrato anche dalla accesa discussione parlamentare.

²⁷⁶ P. ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, 17 aprile 2012, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, p. 5.

interesse economico professionale»²⁷⁷. In realtà, come è stato osservato, dal punto di vista del datore di lavoro, licenziamento disciplinare ed economico, pur avendo diversi contenuti, attengono sempre ai suoi interessi organizzativi²⁷⁸. Nella prospettiva del lavoratore, invece, la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo non riguardano soltanto la sua “onorabilità”, ma anche il bilanciamento tra esigenze organizzative dell’impresa e il suo interesse alla continuazione del vincolo contrattuale. D'altronde non tutti gli inadempimenti mettono in discussione la dignità della persona, come nel caso in cui sono connessi alle competenze tecniche del dipendente o a condizioni di mercato. Inoltre, nel recesso per giustificato motivo oggettivo non vi è solo la lesione di un interesse economico, perché l’organizzazione nella quale si lavora è anche luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti. Di conseguenza è stato osservato che le differenze tra causali di licenziamento, pur esistenti, sono di gran lunga inferiori agli elementi comuni, per cui non è costituzionalmente ragionevole prevedere, riguardo alla reintegra, distinzioni così rilevanti in situazioni fortemente omogenee²⁷⁹.

La questione della individuazione dell’area del licenziamento per giustificato motivo oggettivo è delicata e si ricollega al problema del c.d. licenziamento speculativo, cioè il licenziamento per motivo oggettivo non connesso ad una difficoltà aziendale di tipo

²⁷⁷ P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*. Relazione al Convegno del Centro nazionale di Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano”, Pescara, 11 maggio 2012, in www.pietroichino.it, p. 22 ss., secondo cui «l’illegittimità può dipendere dalla lesione di interessi molto diversi tra loro. Consideriamo, per esempio, i due casi in cui il licenziamento sia ritenuto illegittimo, rispettivamente, perché discriminatorio, o soltanto per difetto del motivo economico addotto dall’imprenditore: solo nel primo caso, non nel secondo, viene lesa la dignità e/o la libertà morale di chi è stato privato del posto di lavoro. Consideriamo, ancora, la differenza tra il caso di una persona licenziata per una mancanza mai commessa (per il quale, a norma del comma 4 del nuovo art. 18, viene comminata reintegrazione) e il caso di una persona licenziata per una mancanza accertata, ma ritenuta dal giudice insufficiente per giustificare la massima sanzione: nel secondo caso, a differenza del primo, come si è visto a suo luogo, c’è quanto meno un concorso di colpa del lavoratore nella causazione del “sinistro”. Diversi tra loro, infine, sono anche gli interessi in gioco nel caso della persona licenziata per una mancanza mai commessa (dove la reintegrazione è obbligatoria) e in quello della persona licenziata per un motivo economico rivelatosi del tutto insussistente (dove la reintegrazione, come si è visto nel § 9, è soltanto possibile): nel primo caso viene sempre lesa, in qualche misura, l’onorabilità della persona, mentre nel secondo caso è per lo più leso soltanto un interesse economico-professionale; salvo che il giudice ravvisi nella manifesta insussistenza del motivo oggettivo la conferma di un sospetto di discriminazione: ciò che lo indurrà a disporre la reintegrazione, proprio perché ravviserà una possibile lesione della dignità o della libertà morale della persona».

²⁷⁸ Anche i profili soggettivi del recesso riguardano la funzionalità dell’organizzazione in relazione al riflesso dell’inadempimento o del comportamento del lavoratore sul suo normale svolgimento: V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 559; M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in www.aidlass.it, p. 24.

²⁷⁹ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 558 ss.

economico od organizzativo, ma dettato dalla ricerca di un maggior profitto a scapito del lavoratore, come nei casi tipici di redistribuzione su quelli superstiti dopo il licenziamento degli altri di un carico lavorativo complessivo rimasto invariato oppure quello di esternalizzazione dei compiti svolti dai lavoratori licenziati con ricorso ad appalti a prezzi minori. La riforma rischia di mettere in seria discussione, se non lo ha già fatto, quell'orientamento della giurisprudenza secondo cui «la soppressione non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti» dotate di una certa stabilità, e ferma restando la prova della impossibilità di ri-adibizione del lavoratore ad altre mansioni²⁸⁰. È vero che la reintegrazione non è costituzionalizzata ed il legislatore può discrezionalmente individuare il bilanciamento tra art. 4 e 41 Cost., ma è altrettanto vero che «discrezionalità non significa libertà totale del legislatore ovvero insindacabilità delle sue scelte regolative»²⁸¹. È necessaria dunque una interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina, che non può coincidere con la completa “marginalizzazione” della reintegra, come da alcuni ipotizzato, o con la eliminazione del principio della *extrema ratio*²⁸². La graduazione delle tutele del nuovo art. 18 deve dunque tenere conto di queste condizioni, oltre che della volontà legislativa di flessibilizzare anche il licenziamento economico.

Visto quanto detto sinora, come è stato fatto notare, non occorrono particolari doti divinatorie per immaginare un uso piuttosto “disinvolto” del ricorso al motivo oggettivo come causale giustificativa dei licenziamenti individuali, anche quando la “reale” motivazione sia altra²⁸³. A poco rileva infatti la previsione dell'ultima parte del richiamato 7° comma, in base al quale «qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo», in quanto essa è attivabile unicamente su iniziativa di parte: il giudice, infatti, può applicare una sanzione diversa

²⁸⁰ Cfr. Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874, in *Mass. Foro it.*, 2012, p. 105; Cass. 28 settembre 2011, n. 19616, in *C.E.D.*; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Mass. giust. civ.*, 2006, p. 10; Cass. 6 luglio 2005, n. 14215, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 416.

²⁸¹ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, n.116/2007, 4, p. 613.

²⁸² F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato di lavoro*, in www.csdllex.unict.it; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 563.

²⁸³ U. GARGIULO, *Il licenziamento "economico" alla luce del novellato art. 18*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 203/2014, p. 8.

soltanto se il lavoratore lo ha chiesto preventivamente. Va sottolineato che il richiamato art. 18, 1° comma, rinvia testualmente alla previsione dell'art. 1345 c.c., facendo dunque propria la posizione della Cassazione, la quale, in ossequio ad un'applicazione rigorosa delle previsioni del codice civile, richiede, per dare spazio ad una tutela di tipo ripristinatorio, che la ritorsione, quale motivo illecito addotto, sia l'unico determinante il recesso (*ex art. 1345 c.c.*) e che il lavoratore, sul quale incombe il relativo onere, ne fornisca la prova²⁸⁴: che non vi sia, pertanto, in ipotesi, anche un'altra ragione che concorra con la prima a giustificare, e dunque legittimare, il licenziamento. La ritorsione deve cioè costituire l'unica ragione del provvedimento espulsivo; né è sufficiente, a dimostrare l'intento ritorsivo, provare, ad esempio, che vi fossero contrasti circa le condizioni di lavoro, occorrendo che il lavoratore dimostri in maniera inequivoca che la reazione datoriale abbia configurato gli estremi di una vera e propria rappresaglia. Ne discende che la compresenza di due motivi, uno solo dei quali riconducibile al più grave vizio della nullità per illiceità, sia sufficiente a disattivare il detonatore della tutela reale piena, in favore di altro tipo di sanzione: determinando, nella situazione in esame, l'applicazione di una tutela a contenuto indennitario, quantitativamente predeterminata, in luogo di quella a carattere ripristinatorio²⁸⁵.

Solo i datori di lavoro più sprovveduti intimeranno licenziamenti per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, e per di più per quelle fattispecie che consentono al reintegrazione (o addirittura per motivi di discriminazione). La qualificazione del licenziamento come economico "a prescindere" sarà una comoda via per il datore per avere sempre la certezza di una monetizzazione del posto di lavoro (e, attraverso tale monetizzazione, per rendere inesistente o molto più debole la possibilità di esercitare diritti nel luogo di lavoro).

Dunque, nel nuovo sistema, nella prospettiva del lavoratore, la dimostrazione della discriminatorietà del licenziamento assume un ruolo fondamentale. Il che comporterà logicamente un ulteriore affinamento del concetto di discriminazione, con un allargamento dell'area coperta dai licenziamenti ritorsivi, che dovrà ovviamente rifuggire dalle due posizioni estreme: quella di considerare tutti i licenziamenti come discriminatori e l'altra di escluderne sempre e comunque la rilevanza, relegandola alle sole ipotesi di scuola di una

²⁸⁴ *Ex multis* Cass. 26 marzo 2012, n. 4797; Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, tutte in *DeJure*.

²⁸⁵ U. GARGIULO, *Il licenziamento "economico" alla luce del novellato art. 18*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 203/2014, p. 10.

discriminatorietà conclamata come tale. È chiaro che la partita si giocherà sull'articolazione dell'onere probatorio e su questo piano è ben noto che agisce il sillogismo giurisprudenziale, secondo cui la giustificazione del recesso fa necessariamente aggio sulla sua discriminatorietà. Come dire che al datore di lavoro è sufficiente dimostrare che il licenziamento è sorretto da una qualche giustificazione (oggettiva o soggettiva) per escluderne in radice il carattere discriminatorio. È peraltro auspicabile che tale invalsa *communis opinio* sia destinata a ridimensionarsi, in quanto nel nuovo sistema la discriminatorietà del licenziamento delinea un'alternativa sanzionatoria e quindi la sua verifica in concreto corrisponde ad uno specifico interesse del lavoratore. A ciò si aggiunga che le indicazioni che provengono dal diritto dell'Unione (art. 8 della direttiva 2000/43/CE in materia di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica ed art. 10 della direttiva quadro 2000/78/CE, in materia di parità di trattamento quanto all'occupazione e alle condizioni di lavoro) alleggeriscono l'onere probatorio per il lavoratore ricorrendo, in presenza di determinati requisiti, all'operatività di presunzioni e ribaltando sul datore l'onere di comprovare l'inesistenza della discriminazione.

È fondamentale sottolineare come dalla nuova riforma emerga sostanzialmente l'irrelevanza della sproporzione tra mancanza e sanzione ai fini della reintegrazione. Il 2° comma dell'art. 3, infatti, stabilisce espressamente che, affinché possa applicarsi la reintegrazione, non basta la sproporzione ritenuta dal giudice tra il fatto contestato e la massima sanzione disciplinare. L'idea è che se un inadempimento comunque è stato commesso dalla persona interessata, questa ha in qualche modo contribuito a guastare il rapporto di collaborazione: le si assegnerà dunque l'indennizzo, corrispondente alla responsabilità contrattuale gravante sul datore, perché il licenziamento non era motivato adeguatamente; ma non gli verrà accordata la reintegrazione. Nel nuovo ordinamento, la reazione punitiva sproporzionata costituisce esercizio irregolare del potere disciplinare, cui consegue l'applicazione della regola generale dell'indennizzo; la reintegrazione, invece, non colpisce più il mero difetto di giustificatezza di un licenziamento, bensì punisce soltanto qualcosa di qualitativamente diverso e più grave: l'abuso del potere disciplinare ovvero il comportamento del datore di lavoro che irroghi la massima sanzione a fini discriminatori o comunque contesti al lavoratore un fatto che non è storicamente esistito. Peraltro, in questo

caso, l'imputato è il datore di lavoro e quindi, logica vuole che l'onere della prova, secondo i principi generali, gravi su chi di questo lo accusa.

Da quanto detto finora emerge innegabilmente che la nuova disciplina introduce nuovi spazi alla flessibilità in uscita, poiché prevede, in determinate ipotesi, che abbiamo visto, l'idoneità del recesso a risolvere comunque il contratto di lavoro e la mera monetizzazione del licenziamento. Essa inoltre amplia notevolmente la discrezionalità del giudice e questo non solo per le formulazioni ambigue contenute nella legge, ma soprattutto perché, in alcune ipotesi è lo stesso art. 18 ad attribuire al giudice il compito di valutare le specifiche situazioni a lui sottoposte, al fine di graduare la sanzione. Il giudice, oltre a dover considerare la sussistenza o meno dei presupposti sostanziali del recesso, dovrà svolgere un'indagine ulteriore che influenzerà l'applicazione del regime di tutela reale (più o meno piena) o di quella obbligatoria (prevista in varie forme).

Inoltre, è stato osservato²⁸⁶ che la tesi della tutela risarcitoria come regola incrementerebbe il "dualismo" tra le grandi imprese e quelle medio-piccole. Le prime, infatti, sarebbero in condizione di affrontare agevolmente i costi del licenziamento, non solo con l'esatta predeterminazione del *firing cost*, ma anche utilizzando la media tra minimo (12 mesi) e massimo (24 mesi) risarcitorio per offrire al lavoratore una base di transazione di 18 mesi, su cui discutere e risolvere l'eventuale contenzioso. Per queste imprese, la deterrenza del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo sarebbe fortemente depotenziata e potrebbe affacciarsi in tal modo la programmazione dei licenziamenti come "andamento fisiologico" dell'impresa, a prescindere dall'effettiva sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso. Invece, le imprese con minori capacità economica si troverebbero in una situazione molto diversa da quella preesistente e comunque non potrebbero certo permettersi di licenziare con la stessa facilità con cui potrebbero licenziare imprese di dimensioni maggiori.

Una considerazione finale va fatta al riguardo del concetto, derivato dalla *law and economics*, di *liability rule*, fatto proprio dalla riforma Fornero, e posto in contrapposizione con quello di *property rule*. Si è osservato come la reintegrazione sia ascrivibile alla *property rule*, di solito «riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto della persona», mentre l'indennizzo sia riferibile alla *liability rule*, in genere applicata quando «sia in gioco un

²⁸⁶ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 539.

interesse soltanto economico e professionale del lavoratore»²⁸⁷. Come visto, secondo questa impostazione, nella riforma Fornero la *property rule* sarebbe circoscritta a casi eccezionali, quando è coinvolta l'onorabilità della persona o quando il recesso economico sia palesemente pretestuoso; in tutte le altre ipotesi, invece, la ingiustificatezza del recesso avrebbe comportato solo la liquidazione del danno. Pur senza sminuire l'importanza dell'analisi economica del diritto – peraltro teoria nata altrove, in America, a metà del XX secolo – come strumento di comprensione della realtà, è bene tenere presente che essa si ispira a criteri meramente «quantitativi», in una dimensione nella quale la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), con la conseguenza che «ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»²⁸⁸. Non c'è dubbio che la reintegrazione nel posto di lavoro si configuri come un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica dell'indennizzo pecuniario. Infatti, la lesione di determinati interessi non può essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la *restitutio in integrum* della posizione soggettiva, in particolar modo quando sono in gioco diritti non solo economici, come avviene nel rapporto di lavoro²⁸⁹. Tale impostazione risulta suffragata anche dalla lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sovranazionali. Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno rilevato che il risarcimento del danno, pur essendo un rimedio utilizzato nel diritto del lavoro, non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica, attraverso cui l'ordinamento mira a garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»²⁹⁰. Di conseguenza, il diritto del lavoratore al

²⁸⁷ P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*. Relazione al Convegno del Centro nazionale di Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", Pescara, 11.05.2012, in www.pietroichino.it, p. 10 ss.

²⁸⁸ A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, p. 563.

²⁸⁹ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 531 ss.

²⁹⁰ Cass. Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in www.dejure.giuffrè.it, confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18 giugno 2012, n. 9965. In dottrina, in riferimento alla sentenza 141/2006, A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, p. 565, osserva: «La Cassazione non poteva esprimere meglio l'avversione per la soluzione patrocinata dall'*efficient breach*, secondo un ragionamento applicabile anche ad altri ordinamenti che non conoscono una disposizione analoga all'art. 18 St. lav. ma giungono al medesimo risultato in virtù della

proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4, 35 Cost., subisce una sostanziale espropriazione in quanto ridotto in via di regola al diritto ad una somma²⁹¹, cosa che effettivamente si verifica con il sistema predisposto dalla riforma Fornero, che finisce per monetizzare il licenziamento «come se il bene lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo»²⁹², ponendo in secondo piano ogni valutazione, di ordine extra economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità.

Infine, non bisogna dimenticare che una solida protezione contro il licenziamento è sempre stata ritenuta una “norma di chiusura” dell’intero Diritto del lavoro. La mancanza di un’efficace regolamentazione contro il recesso ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto di lavoro a costi contenuti e praticamente senza obblighi ripristinatori del contratto, se non in limitati casi, rendono di fatto inservibili molti diritti essenziali del lavoratore, in quanto quest’ultimo, nel costante timore di perdere il posto di lavoro, si guarderà bene dall’esercitare le sue prerogative. Come è stato condivisibilmente osservato da L. Gallino, la legislazione sul lavoro è chiamata non solo a salvaguardare la libertà d’iniziativa dell’impresa, ma anche a circoscrivere il rischio che la parte contrattuale più debole sul piano economico si trovi collocata automaticamente nella posizione più debole anche sul piano giuridico. L’azzeramento operato dalla riforma Fornero dei dispositivi più progrediti che la l. n. 300/1970 aveva predisposto a difesa dei lavoratori e la limitazione della facoltà dei giudici di procedere alla reintegrazione nel posto di lavoro possono essere interpretati come segni inequivocabili di una «riforma a favore del più forte».

3.5. Il Jobs Act

L’art. 18, così come modificato dalla riforma Fornero, rimane attualmente applicabile ai lavoratori dipendenti assunti prima dell’entrata in vigore del c.d. Jobs Act, la riforma del lavoro fortemente voluta dal Governo Renzi e già delineata a fine 2014 con la stesura della legge delega del 10 dicembre, n. 183. Una parte fondamentale di essa ha trovato attuazione

pronuncia di nullità/inesistenza del recesso, cui può far seguito, su richiesta del lavoratore, la reintegrazione in azienda».

²⁹¹ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 532.

²⁹² A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, p. 563.

con il decreto legislativo del 4 marzo 2015, n. 23, con il quale è stato introdotto il nuovo contratto di lavoro a tutele crescenti.

3.5.1. Ambito di applicazione e questione di costituzionalità del “doppio binario” di tutele

I destinatari delle nuove regole sono, *ex art. 1*, tutti i «lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati e quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore» del decreto, anche se assunti da datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, sino ad oggi esclusi dal campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, ai sensi dell'art. 4, 1° comma, della legge n. 108/1990. Il 2° comma stabilisce che le disposizioni del decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato. Infine, il 3° comma amplia ulteriormente il campo di applicazione del decreto estendendolo anche ai lavoratori assunti precedentemente all'entrata in vigore del decreto legislativo qualora il datore di lavoro sia passato da un organico di 15 o meno dipendenti a più di 15 dipendenti in conseguenza di assunzioni avvenute successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo. La norma costituisce un chiaro incentivo verso nuove assunzioni, in quanto il datore di lavoro che assumendo dei lavoratori vada a superare il limite dei 15 dipendenti può usufruire della nuova disciplina, certamente più favorevole, a prescindere dalla data di assunzione dei lavoratori²⁹³; non si può, però, ignorare che l'intento, di per sé coerente con il nuovo sistema delineato, introduce, di fatto, una nuova disciplina dei licenziamenti applicabile anche a coloro che sono già occupati, con il rischio di superare i limiti della delega

²⁹³ Storicamente, l'accusa mossa dai detrattori dell'articolo 18 al sistema di tutele che esso predisponesse per le imprese con almeno 16 dipendenti era quella di bloccare lo sviluppo industriale nazionale (scoraggiando addirittura possibili investitori stranieri), sostenendo che la “sanzione” della reintegrazione rappresentava per il datore di lavoro uno stimolo a non superare la “famosa soglia” dei 15 dipendenti. In realtà, il maggior numero di imprese ha pochissimi dipendenti: tra 1 e 5, come osservato anche da A. BELLAVISTA, *La tutela del lavoro tra marketing politico ed esigenze reali*, in <http://www.dirittisocialiecittadinanza.org>, p. 2, il quale sottolinea come numerosi studi mettano in evidenza che il problema, ormai indiscusso, del nanismo industriale italiano dipenda soprattutto da ragioni di carattere fiscale, dal peso del costo del lavoro, dalla tipologia delle produzioni prevalenti, dall'ammasso di adempimenti burocratici che gravano sulle imprese medio-grandi; sicché, la soluzione di siffatto problema richiede un'adeguata politica industriale volta a stimolare la crescita dimensionale, il mutamento di natura dell'attività produttiva, la semplificazione burocratica.

e conseguente rischio di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost.²⁹⁴, giacché ai sensi dell'art. 1, comma 7, lett. c), della legge n. 183/2014 il Governo era delegato ad introdurre una nuova disciplina del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi solo “per le nuove assunzioni”²⁹⁵.

L'art. 1, oltre al discriminare temporale, dispone che la nuova disciplina si applichi solo per coloro che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri. L'espresso riferimento alle categorie cui la norma si applica porta ad escludere che la stessa possa applicarsi ai dirigenti. In realtà l'esclusione dei dirigenti non ha alcun effetto pratico in quanto a tale categoria non si applicano neppure le attuali disposizioni di cui all'art. 18 della legge n. 300/1970 e dell'art. 8 della legge n. 604/1966, eccezion fatta per i primi tre commi dell'art. 18. Ne consegue che ai dirigenti non si applicherà la nuova disciplina ma continueranno ad applicarsi i primi tre commi dell'art. 18 anche per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo. Considerato, tuttavia, che la disciplina dei primi tre commi dell'art. 18 è sostanzialmente identica a quella prevista nell'art. 2 del decreto legislativo, l'esclusione dei dirigenti non avrà alcun effetto pratico se non quello di consentire la vigenza dell'art. 18, nonché del rito speciale introdotto dalla legge Fornero, anche per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo.

Al di là del riferimento contenuto nel titolo al “contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti”, il decreto non introduce una tipizzazione della fattispecie in grado di fare emergere una specificità di requisiti rispetto al tradizionale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Due sono infatti i criteri selettivi che permettono di individuare i rapporti di lavoro cui deve essere applicato il nuovo regime: il primo attiene al

²⁹⁴ La figura dell'eccesso di delega è stata elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza 26 gennaio 1957, n. 3 che ascrive a tale categoria la «mancanza, anche parziale, di delegazione, nonché l'uso del potere normativo da parte del Governo oltre il termine fissato, ovvero in contrasto con i predeterminati criteri direttivi o per uno scopo estraneo a quello per cui la funzione legislativa fu delegata». Se non può parlarsi di un sicuro decalogo in base al quale poter accertare la sussistenza dell'eccesso di delega è utile, comunque, richiamare a riguardo la sentenza della Corte Cost. 2 aprile 2008, n. 98 che nel ricostruire gli orientamenti giurisprudenziali in materia fissa i seguenti passaggi interpretativi: «il primo, relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro, relativo alla norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi», senza tuttavia escludere un margine di discrezionalità da parte del legislatore delegato, «il cui eventuale eccesso va individuato tenendo conto della *ratio* della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente [...]».

²⁹⁵ Così M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona*, n. 236/2015, p. 13.

fatto che si tratti di lavoratori a tempo indeterminato appartenenti alle categorie degli operai, degli impiegati o dei quadri, il che significa che i lavoratori a tempo determinato e i dirigenti restano assoggettati ai regimi precedenti delle conseguenze sanzionatorie dell'illegittimità dei licenziamenti individuali e collettivi; il secondo criterio selettivo riguarda il rapporto tra il momento dell'assunzione del lavoratore e la data di entrata in vigore del provvedimento. Infatti, «il contratto a tutele crescenti, caratterizzato più per i suoi effetti che per la fattispecie ad essi sottesa, sostituisce l'attuale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato limitandosi ad introdurre per i nuovi assunti un nuovo modello di statuto protettivo contro i licenziamenti la cui sfera di applicazione, *ratione temporis*, resta esclusivamente condizionata dalla data di costituzione del vincolo obbligatorio»²⁹⁶.

La coesistenza delle due discipline (quella attuale, in nulla modificata dalla nuova norma che si applica a tutti i rapporti già in atto e la nuova disciplina che si applica ai rapporti instaurati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo) pone sicuramente qualche dubbio di legittimità costituzionale del nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi per contrasto con l'art. 3 Cost., soprattutto in considerazione della fattuale coesistenza all'interno della stessa organizzazione del lavoro di dipendenti diversamente tutelati pur a fronte della stipulazione di un identico contratto di lavoro: ed in effetti, in questo caso è la sola data di costituzione del rapporto di lavoro (*pre* o *post* entrata in vigore del decreto) a costituire l'elemento differenziale, di cui si deve valutare la capacità di giustificare, in sé, la razionalità formale e la ragionevolezza del diverso regime applicabile ai lavoratori subordinati assunti, in tempi diversi, con contratto a tempo indeterminato. Riguardo a tale contrasto, in dottrina c'è chi²⁹⁷ ha ritenuto tale considerazione superabile alla luce di quell'orientamento della Corte Costituzionale che ha in altre occasioni avuto modo di precisare che «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, [...], essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo»²⁹⁸.

²⁹⁶ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 236/2015, p. 8.

²⁹⁷ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 236/2015, p. 9.

²⁹⁸ Corte Cost., 13 novembre 2014, n. 254, in www.cortecostituzionale.it, in ordine al possibile contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento, del nuovo regime della responsabilità solidale

Allo stesso modo è stata ritenuta ragionevole tale disparità di trattamento tra “nuovi” assunti e lavoratori già in servizio tenendo conto, per un verso, del fatto che la finalità della riforma di favorire l’accesso a un’occupazione stabile giustifica l’applicazione delle tutele crescenti solo ai primi, dato che gli altri già godono di un rapporto a tempo indeterminato e, per altro verso, del carattere sostanzialmente transitorio dei regimi di tutela preesistenti al decreto²⁹⁹.

Essendo, però, quella del contratto a tutele crescenti una disciplina generale, applicabile a tutti i rapporti di lavoro instaurati dopo il 7 marzo 2015, emerge con evidenza una disparità di trattamento tra lavoratori occupati fianco a fianco nella stessa unità produttiva e che magari svolgono anche le stesse mansioni, disparità di cui è difficile immaginare quale possa essere una giustificazione tanto ragionevole da superare lo scoglio rappresentato dall’articolo 3, 1° comma, della Costituzione. È difficile immaginare in quale singolare accezione del principio di uguaglianza possa trarre legittimità una tale differenza di trattamento su un istituto cruciale del rapporto di lavoro come quello relativo ai limiti del potere di licenziamento, né si vede perché allora non potrebbero essere introdotte altre differenze di trattamento, in materia, ad esempio, di disciplina delle mansioni o dell’orario di lavoro o di malattia³⁰⁰. Risulta evidente che le nuove previsioni pongono in secondo piano il valore della stabilità, affermato dall’art. 4 della Costituzione³⁰¹, nonché dall’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea³⁰² ed integrato dall’art. 24 della Carta sociale europea³⁰³, nel perseguimento dello specifico obiettivo di rafforzare le opportunità di impiego e di «promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto di lavoro a tempo indeterminato come forma privilegiata»

applicabile agli appalti (art. 29 del d.lgs. 276/2003). Nello stesso senso anche le ordinanze della Corte Costituzionale 13 febbraio 2012, n. 25; 19 luglio 2011, n. 224; 22 febbraio 2010, n. 61.

²⁹⁹ M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di CARINCI – CESTER, University press, 2015, in www.adapt.it, p. 15.

³⁰⁰ Cfr. L. MARIUCCI, *Contratto a tutele crescenti e disciplina dei licenziamenti: l’oscuro contenuto del d.d.l. delega n. 2600 del 2014*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, 27 ottobre 2014.

³⁰¹ «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

³⁰² «Tutela in caso di licenziamento ingiustificato – Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

³⁰³ «Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s’impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell’impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale».

di impiego, più conveniente sul piano degli oneri diretti e indiretti (art. 1, 7° comma, lett. b), partendo – come si legge nella Legge di stabilità 2015 – dalla riduzione del costo del lavoro a tempo indeterminato. Tutto ciò senza minimamente tenere conto dei capisaldi di una disciplina dei licenziamenti coerente con la nostra Costituzione (nella interpretazione che ne ha dato la Corte costituzionale sin dal lontano 1965) e con le fonti europee, rintracciabili nel principio indefettibile della necessaria giustificazione, nell’adeguatezza delle sanzioni e la loro funzione deterrente e nella impugnabilità del licenziamento di fronte a un giudice imparziale. Tutti e tre questi capisaldi sono messi fortemente in discussione dalla disciplina dei licenziamenti contenuta nel d.lgs. 23/2015, per la ragione che, per i nuovi assunti, un licenziamento sostanzialmente ingiustificato porterà alla perdita del posto di lavoro, senza neppure un adeguato compenso in termini monetari, e potrà inoltre essere agevolmente sottratto al controllo di un giudice imparziale (così nel caso della conciliazione “spontaneamente” offerta dal datore di lavoro)³⁰⁴.

Volendo offrire una panoramica sul merito della riforma, possiamo premettere che essa prevede che, fatti salvi i licenziamenti inefficaci perché intimati senza la forma scritta ed i licenziamenti nulli, per i quali continua ad operare la sanzione della reintegrazione con effetti risarcitori pieni negli stessi casi e con le medesime modalità già previste dall’art. 18, la reintegrazione ad effetti risarcitori limitati nell’ammontare massimo di 12 mensilità può essere disposta dal giudice solo in caso di licenziamenti disciplinari intimati da datori di lavoro che superano la nota soglia occupazionale di cui all’art. 18, 8° e 9° comma, della legge n. 300/1970 quando risulti insussistente il fatto materiale contestato al lavoratore. In tutti gli altri casi, il licenziamento (sia individuale che collettivo) invalido produce comunque l’effetto estintivo del rapporto di lavoro ed è sanzionato con un’indennità economica rigidamente parametrata all’anzianità di servizio, differenziata in considerazione della natura sostanziale o procedurale del vizio invalidante, il cui importo è comunque ridotto in caso di lavoratori occupati da datori di lavoro rientranti nel campo di applicazione della tutela obbligatoria.

³⁰⁴ Cfr. M. AIMO, *Jobs Act, una prima lettura della legge delega in corso di approvazione*, in www.questionegiustizia.it.

3.5.2. Il licenziamento disciplinare: la prova dell'insussistenza del fatto e l'eccezionalità della reintegra

L'art. 3 rappresenta, a detta della dottrina maggioritaria, il *punctum dolens* dell'intera riforma.

Esso stabilisce che «salvo quanto disposto dal comma 2 del presente articolo, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento». Ci si accorge che la reintegra è divenuta anche logicamente una eccezione in caso di licenziamento ingiustificato, ristretta a quanto previsto dal comma 2. Comma in cui, invece delle «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare», come visto preannunciate dalla l. n. 183/2014, art. 1, comma 7, lett. c), ci si trova di fronte ad una formulazione che definire contorta è poco: «Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento». È evidente in questa disposizione la riproposizione da parte del legislatore di quella “massima” emersa dalla sentenza della Cassazione 6 novembre 2014, n. 23669, esplicitando ciò che in essa emergeva solo in controluce e cioè che al giudice non è concesso escludere la sussistenza del fatto contestato solo perché la sanzione del licenziamento risulta eccessiva rispetto alla gravità dello stesso fatto.

Come è stato condivisibilmente affermato, qui c'è qualcosa in più e qualcosa in meno, cosicché il senso ne risulta modificato: «in più c'è l'aggiunta di “insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto a cui resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”; in meno c'è quella che si è battezzata come una “rete di sicurezza”, cioè il secondo presupposto della reintegra, costituito dalla riconducibilità del fatto contestato, se ed in quanto sussistente, sotto una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare»³⁰⁵. L'Autore configura questi due elementi come «due facce della stessa medaglia», quale costituita dall'esclusione del ricorso al criterio di proporzionalità: sia in via immediata e attuale, con la «qualificazione del fatto contestato come “materiale”, che, in

³⁰⁵ F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di CARINCI – CESTER, University press, 2015, in www.adapt.it, p. 86.

quanto limitato al suo profilo oggettivo o materiale, renderebbe estranea rispetto alla sua sussistenza ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento; sia in via mediata e potenziale, con la soppressione della riconducibilità dello stesso fatto contestato nell'ambito del codice disciplinare, che rende inconferente ai fini della reintegra una sua configurazione quale infrazione passibile di una sanzione solo conservativa».

È evidente che il 2° comma dell'art. 3 è quello che evidenzia maggiormente l'aspetto regressivo della nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati³⁰⁶. Fatta l'affermazione della universalizzazione della monetizzazione quale misura risarcitoria, è introdotto uno spazio di deroga a favore della reintegrazione solo se sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea – si precisa – ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento. Bisogna, inoltre, osservare che la vigenza dell'art. 2 della legge n. 604/1966, che dispone l'obbligo di motivazione del licenziamento a carico del datore di lavoro, fa gravare su quest'ultimo l'onere di provare la veridicità del fatto o inadempimento contestato al lavoratore; tuttavia, il legislatore, in questo contesto, ha voluto evitare che le eventuali prove lacunose o inadeguate, offerte al giudice, dal datore di lavoro in ordine al fatto imputato al licenziato a giustificazione del licenziamento potessero di per sé sole determinare la pronuncia di una soluzione reintegratoria. Sicché, secondo quella che è l'interpretazione più ricorrente, il legislatore ha voluto accollare al lavoratore un onere corrispondente a quello datoriale, consistente nella diretta³⁰⁷ dimostrazione di assoluta insussistenza del fatto medesimo, inteso e espressamente qualificato come “fatto materiale”, cioè come evento o comportamento posto in essere, prescindendo da valutazioni in ordine alla colpa, all'elemento psicologico, alle circostanze attenuanti e similari. Ne consegue che «la mancata prova da parte del lavoratore dell'insussistenza del fatto materiale addebitato risulta assorbente rispetto alle eventuali lacunosità probatorie del datore di lavoro, cosicché in presenza di una infrazione disciplinare di qualsiasi tipo (anche lieve o media) emersa in giudizio anche per effetto di una carente dimostrazione contraria del lavoratore, il licenziamento inflittogli verrà confermato e il

³⁰⁶ M. MEUCCI, *La riduzione delle tutele nel cosiddetto Jobs Act*, in www.filodiritto.com, 27 febbraio 2015, p. 3.

³⁰⁷ Una interessante osservazione è avanzata da A. MARI, *Le tutele decrescenti nel primo decreto attuativo del Jobs act*, in www.questionegiustizia.it, 26, gennaio, 2015, in cui si pone l'accento sull'avverbio «direttamente» che lascerebbe intendere l'esclusione del ricorso alla prova per presunzioni.

trattamento risarcitorio sarà solo quello indennitario»³⁰⁸. Ciò anche nel caso in cui appaia anche al giudice palesemente sproporzionato per il ricorrere di sole marginali infrazioni (lievi ritardi, mancate tempestive comunicazioni di malattia certificata, errori involontari di contabilizzazione ecc.), dal momento che al giudice è preclusa la facoltà di derubricazione del provvedimento estintivo esorbitante mediante conversione in sanzione conservativa più lieve e ragionevole in relazione all’“entità” dell’infrazione effettivamente commessa e complessivamente valutata.

Non c’è dubbio che la prova richiesta al lavoratore rappresenti una vera e propria *probatio diabolica*³⁰⁹, in quanto il lavoratore è chiamato a provare l’inesistenza di un fatto. Ciò significa che se si viene licenziati “per grave insubordinazione” non basterà provare che l’insubordinazione è stata “lieve” o “lievissima”, perché il fatto materiale sussiste e dunque non si potrà ottenere la reintegra o l’applicazione di una sanzione più lieve, ma si avrà diritto al solo risarcimento.

Ben si può comprendere, allora, il perché in dottrina siano state mosse critiche a questa effettiva inversione dell’onere della prova e alla *probatio diabolica* così generatasi a carico del lavoratore. Coloro che invece sostengono la legittimità di questa pretesa si sono affidati alla argomentazione per cui «nel nuovo ordinamento la reintegrazione costituisce la sanzione disciplinare che viene inflitta al datore di lavoro per due e due sole sue mancanze gravi: aver licenziato una persona per motivi discriminatori (articolo 2 del decreto) e averla accusata di un fatto mai accaduto (articolo 3, comma 2). Il legislatore per un verso non considera più il singolo posto di lavoro come oggetto di un diritto della persona che lo occupa, per altro verso non ritiene particolarmente desiderabile, per il lavoratore, essere reintegrato in un’azienda dove è malvoluti. Insomma, la funzione della reintegrazione nel nuovo sistema non è più tanto quella del rimedio contrattuale previsto a vantaggio della persona che lavora (il cui interesse alla sicurezza economica e professionale è tutelato nel mercato e non più nel

³⁰⁸ M. MEUCCI, *La riduzione delle tutele nel cosiddetto Jobs Act*, in www.filodiritto.com, 27 febbraio 2015, p. 4.

³⁰⁹ Di questo parere, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni.*, a cura di CARINCI – TIRABOSCHI, in www.adapt.it, 2015, p. 78; L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l’itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in www.ripensarelasinistra.it, 10 gennaio 2015, p. 4; M. MEUCCI, *La riduzione delle tutele nel cosiddetto Jobs Act*, 27 febbraio 2015, in www.filodiritto.com, p. 3; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, n. 246/2015, p. 19; A. MARI, *Le tutele decrescenti nel primo decreto attuativo del Jobs act*, in www.questionegiustizia.it, 26, gennaio, 2015.

contratto), quanto piuttosto un deterrente di natura punitiva contro due comportamenti del datore specificamente vietati: a) discriminazione, b) contestazione di un fatto mai accaduto. Essendo questa la *ratio* della disposizione, si capisce che la sanzione della reintegrazione si applica solo là dove il fondamento dell'accusa (quella mossa al datore) risulti compiutamente provato; e che l'onere della prova in proposito gravi sulla parte che muove l'accusa, cioè in questo caso il lavoratore»³¹⁰.

3.5.2.1. Predeterminazione e riduzione dell'indennità risarcitoria

L'attenzione mediatica si è concentrata quasi completamente sulla conversione in tutela obbligatoria della tutela reale, ma di rilevanza forse addirittura maggiore e meritevole sicuramente di valutazione è la nuova disciplina dell'indennità risarcitoria.

L'art. 18, 5° e 7° comma, St. lav., così come rivisto dalla l. n. 92/2012, prevede che in caso di licenziamento disciplinare ed economico ingiustificato che non diano luogo a reintegra, è prevista la condanna del datore di lavoro «al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo» (5° comma); e, rispettivamente, di un'uguale indennità risarcitoria, ma tenendo conto, oltre che dei «criteri di cui al 5° comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e successive modificazioni» (7° comma). Stando, invece, all'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, è prevista la condanna del datore di lavoro «al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità».

Quello che emerge con evidenza è la riduzione e la predeterminazione rigida dell'indennità risarcitoria, da 12/24 in relazione a vari criteri rimessi alla valutazione del giudice, a 4/24 mensilità in ragione di incrementi annuali di 2 mensilità, in modo tale che il minimo di 12 previsto dall'art. 18, 5° comma, St. lav. *ex lege* Fornero verrebbe raggiunto in

³¹⁰ P. ICHINO, *Licenziamento disciplinare: il senso della riforma*, risposta ad un lettore, in www.pietroichino.it, newsletter n. 331, 2 febbraio 2015.

6 anni e il massimo di 24 mensilità in 12 anni. Una indennità, fra l'altro, rispetto a cui si aggiunge la esplicita sottrazione alla contribuzione previdenziale.

Si è, in questo modo, introdotta una *severance pay* forfetizzata in base all'anzianità di servizio, non solo quindi calcolabile *a priori*, ma anche operabile a basso costo nei confronti di un lavoratore con scarsa anzianità di servizio. A questo si deve aggiungere il nuovo istituto della offerta di conciliazione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015, secondo cui il datore di lavoro può evitare o bloccare il ricorso al giudice da parte del lavoratore offrendo una indennità risarcitoria ammontante ad una mensilità per ogni anno di servizio, comunque non inferiore a 2 e non superiore a 18, la cui attrattiva dipende dall'essere non imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non assoggettata a contribuzione previdenziale. All'accettazione dell'assegno in sede di conciliazione da parte del lavoratore conseguono l'estinzione del rapporto di lavoro e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento, anche qualora sia già stata proposta³¹¹.

Ovviamente la riduzione dell'indennità risarcitoria non poteva non toccare anche le piccole imprese, cioè quelle al di sotto della soglia di cui all'art. 18, 8° e 9° comma, St. lav. versione legge Fornero. Così non si applica più a neo-assunti l'art. 8 della legge n. 604/1966, che prevede la riassunzione o la corresponsione di un'indennità fra le 2.5 e le 6 mensilità, in ragione di vari criteri, con la possibilità di portarla a 10 e 14 mensilità con riguardo al lavoratore con una anzianità di servizio superiore ai 10 e rispettivamente ai 20 anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di 15 prestatori di lavoro. Si applica, invece, ai sensi dell'art. 9, 1° comma del decreto legislativo, in caso di licenziamento ingiustificato o affetto da vizi formali o procedurali una versione "dimezzata" dell'art. 3, 1° e 4° comma del decreto, cioè la corresponsione di una indennità pari alla metà di quelle ivi previste, senza che, peraltro, sia superabile il limite delle 6 mensilità.

Si comprende, ora, che l'espressione "tutele crescenti" appare falsante in una dimensione diacronica, perché sembrerebbe suggerire una sequenza che dalla indennità risarcitoria conduce alla reintegra – d'altronde data come cosa quasi scontata nella prima fase di gestazione della riforma; non così ovviamente in una prospettiva sincronica, dove la indennità risarcitoria risulta crescere secondo una cadenza annuale di 2 mensilità, fino a

³¹¹ Cfr. M. FALSONE, *La conciliazione ex art. 6 d. lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 274/2015; F. PASQUINI, *Jobs Act e conciliazione: pochi, maledetti e subito... ma non per tutti*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, in www.adapt.it, 2015.

stabilizzarsi al suo massimo di 24³¹². Si tratta di un contratto caratterizzato, per il caso di licenziamento ingiustificato del prestatore, dalla non ricorrenza del rimedio reintegratorio (in aderenza alla dismissione legislativa della cosiddetta *property rule* sostituita dalla cosiddetta *liability rule*) per l'applicazione, in sua vece, di una soluzione monetizzante, riposante sulla responsabilità civile datoriale, concretizzantesi in un trattamento economico indennitario, graduato in forma crescente in relazione all'anzianità di servizio maturata dal licenziato in azienda.

In origine, infatti, il contratto a tutele crescenti doveva prevedere in un momento iniziale del rapporto l'assenza della tutela reintegratoria, per poi acquisirla dopo una anzianità di servizio di 3 anni. Tale soluzione, quantunque insoddisfacente per la intrinseca gradualità del beneficio della stabilità reale, si poneva, in un certo qual modo, in linea con l'opinione del Consiglio dell'Unione Europea del dicembre 2008, secondo cui il contratto a tutele crescenti deve consistere in un contratto che inizia «con un livello di base di tutela del lavoro» e in cui la protezione si accumula «progressivamente via via che il lavoratore occupa un posto di lavoro fino a raggiungere una protezione piena». Non passa inosservato come niente di tutto questo sia previsto dal Jobs Act, come è stato efficacemente osservato: «Qui non c'è alcuna tutela piena, nulla che “cresca”, tranne l'indennità che può essere stabilita dal giudice ove il licenziamento impugnato sia ritenuto ingiustificato, o che sia offerta in via conciliativa, in una cifra minima inferiore, dallo stesso datore di lavoro»³¹³.

3.5.2.2. L'effettiva riduzione dell'ambito della tutela reale: verso una monetizzazione del licenziamento

Il punto che più colpisce della riforma è senza dubbio la drastica riduzione che essa attua dell'area di operatività della tutela reintegratoria, ormai limitata alle sole ipotesi in cui si dimostri l'insussistenza del fatto materiale. Il 2° comma dell'art. 3, infatti, non contiene più l'ulteriore ipotesi che ai sensi dell'art. 18, 4° comma, consente la reintegra, cioè della

³¹² F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni.*, a cura di CARINCI – TIRABOSCHI, in www.adapt.it, 2015, p. 73 ss.

³¹³ L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in www.ripensarelasinistra.it, 10 gennaio 2015, p. 5. La citazione è ripresa da M. MEUCCI, *La riduzione delle tutele nel cosiddetto Jobs Act*, 27 febbraio 2015, in www.filodiritto.com, p. 1. La non conformità del contratto a tutele crescenti introdotto dal Jobs Act allo schema discusso a livello europeo è stata evidenziata anche da F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 11.

previsione nei contratti collettivi per la condotta contestata di una sanzione conservativa, ipotesi che da un lato consente di prevenire sanzioni espulsive meramente strumentali (quantomeno nei limiti delle condotte individuate nei codici disciplinari), dall'altro consente al giudice, qualora tale valutazione sia stata fatta in sede di contrattazione collettiva, di valutare la proporzionalità del licenziamento e sanzionare la sproporzione con la reintegra, proprio ciò che il decreto legislativo ha inteso espressamente escludere.

Il pericolo più grande è rappresentato proprio dalla strumentalizzazione di piccole mancanze del lavoratore, resa possibile dall'attribuzione al datore di lavoro della facoltà di applicare il licenziamento senza incorrere nella sanzione della reintegrazione. È sufficiente considerare una situazione che può ben presentarsi in ogni luogo di lavoro: si pensi all'ipotesi di un lavoratore che senza alcuna giustificazione si presenti sul posto di lavoro con qualche minuto di ritardo e che per tale motivo venga licenziato per giusta causa; pur essendo la sanzione certamente sproporzionata rispetto alla condotta, in tal caso non può applicarsi la sanzione reintegratoria ma solo quella indennitaria. Ne deriverà per i licenziamenti disciplinari «una fortissima contrazione delle ipotesi in cui il giudice, in caso di illegittimità del licenziamento, potrà disporre la reintegrazione del lavoratore licenziato»³¹⁴. Per questo, in dottrina, è stata proposta una diversa ricostruzione³¹⁵: inserire le ipotesi in cui il fatto contestato sia in sé oggettivamente privo di qualsiasi rilevanza disciplinare in quanto non costituente un inadempimento (es. licenziamento intimato al lavoratore per non aver salutato il superiore gerarchico) ovvero le ipotesi in cui l'inadempimento esista nella sua materialità ma sia determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al lavoratore e, quindi, difetti il requisito della colpa (il licenziamento intimato al lavoratore per un fatto commesso per ragioni di forza maggiore) tra quelle che possono legittimare la reintegrazione del lavoratore. In questo caso, l'accertamento del giudice riguarderebbe non solo la sussistenza materiale del fatto ma anche la sua qualificazione giuridica alla stregua di un inadempimento imputabile o meno.

Una siffatta interpretazione, seguendo alla lettera il decreto, incentrato sulla materialità oggettiva del fatto, potrebbe apparire come una forzatura della lettera del decreto; d'altra parte, però, è evidente che un licenziamento intimato per fatti privi di rilevanza disciplinare o

³¹⁴ G. MIMMO, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, in www.agilazio.it, 7 gennaio 2015, p. 8.

³¹⁵ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona*, n. 236/2015, p. 15 ss.

per fatti commessi senza alcuna colpa risulterebbe del tutto carente di motivazione e, quindi, anche se non nullo, certamente meritevole della sanzione più consistente. Proprio in considerazione di ciò, è ragionevole sostenere che l'“insussistenza” del fatto materiale deve essere intesa non solo nel senso di non esistenza del comportamento contestato ma anche in quello di assoluta irrilevanza disciplinare dello stesso. Il fatto, dunque, può essere considerato materialmente sussistente se integra un inadempimento, qualunque esso sia, imputabile; mentre è escluso, come del resto chiarito anche dalla Suprema Corte, che l'indagine sulla sussistenza del fatto possa essere condizionata dalla sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo o, più in generale, da una valutazione sulla proporzionalità della sanzione.

All'inevitabile riduzione delle ipotesi di reintegrazione si deve aggiungere il fatto che la reintegrazione è stata esclusa anche per tutti i casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per tutti i casi di licenziamento collettivo e per il caso del licenziamento per superamento del periodo di comporto; appare evidente come il legislatore abbia compiuto una chiara opzione in favore della sola tutela indennitaria che viene considerata dal decreto legislativo. L'esclusione della reintegrazione anche per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo contribuisce a far sì che l'esiguità del costo dei licenziamenti economici di fatto determini la riduzione drastica del recesso disciplinare che concretamente non sarebbe più comminato, soprattutto per evitare il rischio del reintegro. Questa situazione potrebbe determinare profili di incostituzionalità della disciplina nella misura in cui, di fatto, priverebbe il lavoratore della protezione in caso di recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo; oppure l'incostituzionalità potrebbe essere rilevata sotto il diverso profilo dello squilibrio tra le due tutele, qualora le differenze nei contenuti delle discipline (reintegrazione in un caso, risarcimento ridotto nell'altro) fossero così accentuate da non essere giustificate dalla diversità, pur esistente, tra il licenziamento disciplinare e quello economico³¹⁶.

Un significativo squilibrio di tutele è determinato anche dall'estensione della nuova disciplina ai licenziamenti collettivi, dove diviene difficilmente tollerabile la differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti. Anche qui il legislatore prevede esclusivamente la

³¹⁶ L'osservazione è di V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, p. 33, che richiama al proposito un suo precedente contributo, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 521 ss., in cui pone in evidenza come le differenze tra i due tipi di recesso siano certamente esistenti ma non così ampie da giustificare distinzioni nelle discipline eccessivamente differenziate.

sanzione indennitaria, tanto per la violazione delle procedure sindacali di informazione e consultazione quanto per la violazione dei criteri di scelta (difetto quest'ultimo che pone in evidenza la scorrettezza dell'individuazione del lavoratore licenziando, con l'inosservanza di criteri di rilevanza sociale e di corretta graduazione nella distribuzione dei sacrifici tra i lavoratori). La prassi dimostra che l'impresa, anche a prescindere da eventuali condotte collegate a motivi tipicamente discriminatori, tende naturalmente ad allontanare i soggetti più deboli e quelli ritenuti meno produttivi. L'effetto della nuova disciplina sarà quello di creare situazioni in cui più lavoratori contesteranno la stessa procedura di licenziamento collettivo, per violazione dei medesimi criteri di scelta, ma alcuni (vecchi assunti) potranno essere reintegrati mentre altri (i lavoratori «a tutele crescenti») ne potranno ricavare un modesto indennizzo. Questa si configura come una ulteriore conferma che si è sostanzialmente giunti ad un punto in cui la teoria del *firing cost* non è più solo il miraggio ripetutamente auspicato da alcuni (P. Ichino), bensì un dato di fatto, una profonda modifica del Diritto del lavoro, poiché – come è stato osservato – «eliminare la giustificazione del licenziamento e sostituirla con il pagamento di una somma vuol dire [...] obliterare una delle dimensioni immanenti ad ogni atto di licenziamento: la dimensione del potere»³¹⁷. Senza contare l'incostituzionalità della disposizione per eccesso di delega eccepita da U. Romagnoli, in una intervista a *Il Fatto quotidiano* del 29 dicembre 2014, in cui lo studioso, criticando la disparità di trattamento posta in essere dalla riforma, pone l'accento sulle ulteriori complicazioni, che essa crea nell'ambito dei licenziamenti collettivi, all'interno dei quali bisognerebbe distinguere tra i vari licenziati quelli assunti prima e quelli assunti dopo l'entrata in vigore del Jobs Act e agire in modo diverso, dando vita ad «un trattamento diversificato che è discrezionale, immotivato, non ragionevole [...]»; situazioni identiche trattate in maniera disuguale».

È bene ricordare che le finalità affermate della riforma concernevano «il rafforzamento delle opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché il riordino dei contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo [...]». Possiamo affermare che vi sono dei dubbi riguardanti l'idoneità della stessa al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

³¹⁷ Cfr. M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, Milano, 2013, disponibile in www.aidlass.it.

Innanzitutto, l'asserita volontà di riduzione delle varie forme contrattuali è puntualmente smentita dalla semplificazione del ricorso ai contratti a termine, che costituiscono la forma di assunzione precaria di gran lunga più frequente, abolendo la cosiddetta causale, cioè la necessità di motivare le ragioni oggettive che giustificano il ricorso alle assunzioni temporanee, e prevedendo la possibilità di ben 5 proroghe e rinnovi senza causale (originariamente erano addirittura 8!) nell'arco dei 3 anni³¹⁸.

In secondo luogo, il fatto di presentare il nuovo contratto come strumento di riduzione del precariato e quindi di estensione dei diritti. Sono, infatti, evidenti, ed erano comunque ampiamente prevedibili, gli effetti distorsivi che questa disparità di trattamento sta determinando nelle dinamiche del mercato del lavoro. Da un lato, viene disincentivata la mobilità volontaria dei lavoratori già occupati, costretti a permanere ingessati sulle posizioni di lavoro già occupate, poiché uno spostamento verso altre e magari più appetibili realtà comporterebbe invero la perdita dello *status* di "occupati" per scadere in quello di "neo assunti", destinatari delle nuove e ben poco incisive tutele indennitarie³¹⁹. Dall'altro lato,

³¹⁸ È pacifico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che le misure da adottare per prevenire gli abusi, indicate nella clausola 5, 1° comma, del d.lgs. 368/2011 (recepente la direttiva 1999/70 CE) sono tra loro alternative (per tutte, sent. 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact; sent. 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler). Quindi ciascuno Stato può scegliere di indicare o a) le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo; o b) la durata massima dei contratti successivi; o c) il numero dei rinnovi dei contratti. Va precisato che con il lessema "rinnovo" la direttiva intende riferirsi sia alle proroghe che alle successioni (cfr. il 17° considerando della direttiva, secondo cui i termini utilizzati nell'accordo quadro non sono definiti precisamente e questo compito è demandato agli Stati membri secondo la legislazione o prassi nazionale). Di conseguenza, poiché nel nostro ordinamento sono state previste le ipotesi sub b) e c), la normativa europea è pienamente rispettata, non occorrendo (anche) la previsione di limiti qualitativi (le ragioni oggettive). Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza dell'UE, per il primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato non occorre alcuna giustificazione oggettiva (sent. 23 aprile 2009, cause riunite da C- 378/07 a C-380/07, Angelikadi; sent. 25 novembre 2005, causa C- 144/04 Mangold). La disciplina italiana oggi in vigore, quale risulta dal combinato disposto del nuovo articolo 1 con le altre disposizioni non modificate del d.lgs. n. 368 del 2001, non si limita a consentire la acausalità del primo o unico contratto (come invece era previsto nel testo modificato dalla legge n. 92 del 2012), ma elimina il requisito delle ragioni obiettive per tutte le ipotesi di ricorso ai contratti a termine e di proroghe degli stessi, ponendo il solo limite del tetto massimo di 36 mesi (o di quello diverso previsto dai contratti collettivi). Deve precisarsi che tale indirizzo ha riguardato prevalentemente il settore pubblico, in cui i rinnovi di contratti a tempo determinato si protraevano per parecchi anni. Però, nel caso in questione, il legislatore ha giustificato la novella al d.lgs. n. 368 del 2001 con la necessità di fronteggiare emergenze occupazionali e ridurre, al contempo, le forme anomale di precariato prive di tutela (false partite iva, false collaborazioni a progetto ecc.), ma siffatta giustificazione non può che essere limitata nel tempo. Vedi A. GARILLI, *Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 226/2014, p. 12 ss.

³¹⁹ L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in www.ripensarelasinistra.it, 10 gennaio 2015, p. 5; F. GIAVAZZI, *Quella trappola nascosta nel Jobs act*, *Corriere della Sera*, 30 novembre 2014; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 236/2015, p. 7; M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 256/2015, p. 8 ss.; M. MEUCCI, *La riduzione delle*

specularmente alla disincentivazione della mobilità professionale, si segnala l'incentivazione per le imprese a liberarsi dei lavoratori "anziani", più onerosi dei neo assunti, avvalendosi di un nuovo contratto, che, oltre ad assicurare una più agevole licenziabilità, consente anche di fruire della decontribuzione triennale e dello sconto Irap, previsti in parallelo dalla legge di stabilità³²⁰.

Infine, è necessario considerare che le tutele dei licenziamenti hanno una rilevanza che va ben oltre la specifica vicenda del recesso e la tutela della stabilità di reddito e occupazione, poiché sostengono la forza contrattuale del lavoratore nella relazione quotidiana sul luogo di lavoro. Una tutela efficace nei confronti di un licenziamento ipoteticamente ingiustificato – diritto non a caso espressamente sancito dalla Carta europea dei diritti fondamentali e dalla Carta sociale europea – protegge le libertà fondamentali di lavoratrici e lavoratori, nei luoghi di lavoro: la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc.³²¹. Non c'è bisogno di spiegazioni per intuire che un lavoratore che sa che può essere licenziato a basso costo sarà un lavoratore più debole, meno pronto a far valere i propri diritti o interessi. Si pensi, per fare un esempio, alla condizione di una lavoratrice della grande distribuzione che, per esigenze legate agli impegni di cura familiare, ha necessità di resistere a pressanti richieste di fare straordinari, modificare turni, ecc., magari nascenti da un'organizzazione del lavoro a organico ridotto per finalità di contenimento dei costi: quanto potrà sottrarsi a tali pressioni pur quando ciò sia un suo diritto e, se lo farà, quanti datori di lavoro resisteranno alla tentazione di allontanarla a basso costo per sostituirla con un dipendente più disponibile e «flessibile»? La regolazione del

tutele nel cosiddetto *Jobs Act*, in www.filodiritto.com, 27 febbraio 2015, p. 6 ss., critica la prospettazione fatta da F. Carinci, sull'importanza attribuita alla contrattazione collettiva migliorativa, e cioè la possibilità che il lavoratore pattuisca con l'azienda un trattamento garante del mantenimento delle antecedenti condizioni e tutele normative di stabilità reale (reintegra), argomentando sulla carenza nell'ordinamento lavori stico di un divieto dei pattuizioni di trattamenti *in melius* dello standard offerto dalla nuova disciplina (F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, a cura di F. CARINCI – C. CESTER, University press, in www.adapt.it, 2015, pp. 73-93). È evidente – osserva M. Meucci - che tali pattuizioni possono essere poste in essere da parte di lavoratori specializzati e con alta professionalità, cui si coniuga solitamente un forte potere contrattuale, mentre nella normalità dei casi la conservazione delle precedenti condizioni non ha luogo o è rimessa alla benevolenza datoriale.

³²⁰ L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in www.ripensarelasinistra.it, 10 gennaio 2015, p. 5; M. MEUCCI, *La riduzione delle tutele nel cosiddetto Jobs Act*, in www.filodiritto.com, 27 febbraio 2015, p. 7.

³²¹ F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 3. Suo è l'esempio della lavoratrice della grande distribuzione, che segue nel testo.

licenziamento per giustificato motivo è, per intuibili ragioni, la chiave di volta dell'insieme delle tutele a favore di chi presta lavoro in regime di squilibrio contrattuale: la protezione di qualsivoglia aspetto del rapporto ha la consistenza della neve al sole se il lavoratore non gode di un'adeguata tutela contro il licenziamento ingiustificato, giacché il timore di perdere il posto di lavoro costituisce «la ragione più vistosa e percepibile della disparità di potere», una vera e propria spada di Damocle in capo a chi presta lavoro³²².

Senza dimenticare, il massiccio svilimento operato nei confronti della figura del giudice, al quale è inibita la possibilità di sindacare sulla proporzionalità o meno della sanzione comminata dal datore di lavoro ed è lasciata solo la possibilità di accertare se il fatto imputato al lavoratore (e posto a base della sanzione sproporzionata) è stato dallo stesso posto in essere (o meno) nonché a quantificare l'entità dell'indennizzo entro i *ranges* legislativamente prefissati (e abbassati, rispetto a quanto previsto dall'attuale art. 18 St. lav.), in misura “crescente”, nel senso di proporzionata all'anzianità di servizio. E ciò probabilmente a causa della «diffidenza» mostrata dal legislatore «nei confronti di una magistratura del lavoro portata [...] ad un'interpretazione restrittiva della apertura alla flessibilità [...]»³²³; tesi suffragata anche dalla previsione, *ex art.* 6, della conciliazione attraverso la quale il datore di lavoro può evitare e bloccare il ricorso del lavoratore all'autorità giudiziaria³²⁴. Anche questo aspetto ha suscitato qualche perplessità in ordine alla costituzionalità di un tale ridimensionamento dell'esercizio del potere giurisdizionale: infatti, il giudice – secondo la maggior parte della dottrina, tra cui U. Romagnoli³²⁵ – deve avere la possibilità di accertare se c'è stata proporzione tra gravità del fatto commesso e la sanzione che è stata inflitta.

Sulla base delle considerazioni fatte, si può condividere l'osservazione fatta da L. Mariucci, che ha evidenziato come il disegno di legge in questione assomigli a quello posto

³²² A. ZOPPOLI, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona*, n. 260/2015, p. 4.

³²³ F. CARINCI, *Jobs Act, Atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni.*, a cura di F. CARINCI – M. TIRABOSCHI, in www.adapt.it, 2015, p. 11.

³²⁴ F. PASQUINI, *Jobs Act e conciliazione: pochi, maledetti e subito... ma non per tutti*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni.*, a cura di F. CARINCI – M. TIRABOSCHI, in www.adapt.it, 2015, p. 82.

³²⁵ Così U. ROMAGNOLI in un'intervista a *Il Fatto quotidiano* (*Licenziamenti collettivi, giuslavorista: “Jobs Act incostituzionale, discriminatorio”*, in *Il Fatto quotidiano*, 29 dicembre 2014), per il quale «con un tratto di penna, il governo ha cancellato un principio di equità». Inoltre, l'Autore osserva come il potere dei magistrati, nella pratica, fosse già limitato, in quanto su 10 sentenze di reintegrazione 8 non avevano luogo.

alla base della codificazione del 1942. In quel contesto, le imprese cercavano di assicurarsi la disponibilità della forza lavoro, specialmente di quella più qualificata, attraverso l'assunzione con contratti di lavoro a tempo indeterminato rafforzato da varie forme di fidelizzazione, salvo poi assicurare il licenziamento libero mediante preavviso (art. 2119 c.c.). Oggi la tecnica del licenziamento *ad nutum* non è più praticabile, in ragione dell'obbligo di motivazione introdotto dalla legge n. 604/1966, nonché dall'evoluzione della normativa antidiscriminatoria, tuttavia la logica è la medesima: quel che conta è la libertà d'impresa³²⁶.

Si può ben affermare, dunque, che si è in presenza di un ritorno al passato e che la formula del contratto a tutele crescenti, in realtà, si configura piuttosto come un «contratto a tutele ridotte»³²⁷.

Una interessante considerazione è stata fatta da A. Zoppoli, in una attenta e minuziosa disamina della legittimità costituzionale del nuovo contratto a tutele crescenti. In particolar modo, l'Autore critica l'esclusione della tutela reale dalla copertura costituzionale³²⁸.

La questione prende le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 1970, n. 194 (in www.giurcost.org), concernente la legittimità dell'art. 8, 1° comma della l. n. 604/1966. In essa la Corte, ricorda innanzitutto che nella sua precedente decisione del 26 maggio 1965 n. 45 ritenne costituzionalmente legittimo «l'art. 2118 c.c., pur affermando che i principi cui si ispira l'art. 4 della Costituzione esprimono l'esigenza di un contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro, e quindi dell'ampliamento della tutela del lavoratore, quanto alla conservazione del posto di lavoro»; precisando poi che «l'attuazione di questi principi resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale». Di conseguenza, la Corte afferma che la tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966 «non può non dirsi attuazione della norma costituzionale perché di tale attuazione è espressione iniziale e non completa. Il che stante la discrezionalità, come sopra da ammettersi per il legislatore, di dare applicazione a quei principi con gradualità, basta per escludere l'incostituzionalità di quella disposizione». In una successiva sentenza, dell'8

³²⁶ L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in www.ripensarelasinistra.it, 10 gennaio 2015, p. 6.

³²⁷ L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in www.ripensarelasinistra.it, 10 gennaio 2015, p. 4.

³²⁸ A. ZOPPOLI, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona*, n. 260/2015, p. 7 ss.

gennaio 1986, n. 2 (in www.giurcost.org), in un'operazione di sostanziale bilanciamento, la Corte salva la tutela obbligatoria ritenendo che le ragioni ad essa sottostanti, e «cioè l'elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nelle fabbriche, conservano tutt'oggi la loro rilevanza e la loro validità per cui il trattamento differenziato trova adeguata giustificazione e non sono irrazionali le norme che lo prevedono, dettate dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità e della politica economico-sociale che attua». E la sentenza sarà richiamata ancora nella pronuncia del 3 febbraio 2000, n. 46 (sempre in www.giurcost.org), che, proprio riprendendone il ragionamento, dichiarerà ammissibile il referendum per l'abrogazione dell'art. 18 St. lav. Però, se nell'art. 4 Cost. la Corte ha sempre negato la possibilità di rinvenire un diritto all'assunzione o al mantenimento del posto di lavoro, dalla medesima norma, a mo' di contrapposizione, essa ha via via dedotto un divieto di licenziamento arbitrario, secondo un percorso iniziato dalla menzionata sentenza del 1965 e negli anni saldamente affermatosi, in parallelo all'evoluzione dell'ordinamento sovranazionale e agli sviluppi interni della contrattazione collettiva³²⁹. La Consulta, sin dalla sentenza del '65, ha molto chiaramente desunto, dagli artt. 4 e 35 Cost., una più generale tutela della conservazione del posto di lavoro e, specularmente, l'esigenza di delimitazione del potere di licenziamento del datore. L'accento sul diritto a non essere arbitrariamente licenziati è stato, sì, esplicito e specifico, ma posto in contrapposizione alla negazione del “diritto al mantenimento del posto di lavoro”: il diritto a non essere licenziato in modo arbitrario è, con ogni evidenza, cosa diversa dalla più generale tutela della conservazione del posto di lavoro, di cui è uno dei possibili contenuti, se si vuole il "contenuto essenziale", pur sempre però non l'unico. E nell'ambito di siffatta più ampia tutela la Corte ha esplicitamente incluso anche la tutela reale; anzi, ha palesemente lasciato intendere, contrapponendola alla tutela obbligatoria di cui alla l. n. 604/1966, che la tutela reale corrisponde all'attuazione piena delle indicazioni costituzionali, come tale gradualmente da realizzare ad opera del legislatore, ancorché tenendo conto della situazione economica generale. Ebbene, nella sostanza questa ha tutte le sembianze di una classica applicazione della fondamentale tecnica del bilanciamento tra principi. La Corte afferma che la tutela reale, quale rimedio contro un licenziamento arbitrario, non solo fa parte a pieno titolo della Costituzione, ma è il rimedio che corrisponde

³²⁹ *Ex multis*, C. Cost. sent. 4 dicembre 2000 n. 541 e ord. 10 febbraio 2006 n. 56, entrambe in www.giurcost.org.

a una sua piena attuazione. Sicché, pur non essendo l'unico rimedio, tuttavia è un rimedio con cui evidentemente dover fare comunque i conti perché nel progetto costituzionale esso costituisce il punto di approdo dell'ampliamento della tutela del lavoro per quanto concerne la conservazione del posto.

In conclusione, a sostegno delle considerazioni svolte, si può citare un interessante studio condotto nel 2014 da R. Realfonzo, il quale ha dato una valutazione in chiave economica delle riforme apportate dal governo Renzi, analizzando una tematica centrale nelle finalità poste alla base delle recenti modifiche apportate all'art. 18 St. lav. e alla sostanziale riduzione dell'operatività della tutela reintegratoria³³⁰. Infatti, esponenti del governo e alcuni studiosi ritengono che l'obbligo di reintegro generi una sorta di superprotezione dei lavoratori a tempo indeterminato, responsabile di accentuare il dualismo del mercato del lavoro italiano, cioè la compresenza di lavoratori superprotetti e lavoratori precari (non protetti), e sia quindi dannoso per gli investimenti e per l'occupazione. L'Autore – facendo riferimento all'indice di *Employment Protection Legislation Index (EPL)*, che misura il grado di protezione generale dell'occupazione previsto dall'assetto normativo-istituzionale di ciascun Paese – ha evidenziato come negli ultimi 25 anni, con eccezione della Francia, dell'Austria e dell'Irlanda, tutti i paesi dell'Eurozona abbiano ridotto sensibilmente la protezione del lavoro, rendendo molto più flessibili i loro mercati. L'Italia è tra i paesi che si sono impegnati a fondo nel ridurre la protezione dell'occupazione, riducendo le tutele di oltre il 40%, dal valore 3,82 del 1990 al 2,26 del 2013. Il valore in questione è appena superiore a quelli registrati da Olanda, Finlandia, Germania, Belgio e Grecia, ma inferiore a quelli di Spagna, Portogallo e Francia. Occorre anche sottolineare che questi dati sono fermi alla fine del 2013 e quindi non considerano gli effetti del decreto Poletti, il quale comporta una ulteriore riduzione. L'analisi dei dati OCSE ha anche permesso di chiarire inequivocabilmente che le politiche di flessibilità del lavoro non hanno avuto alcun successo negli ultimi 25 anni nel ridurre la disoccupazione in Italia e nell'Eurozona e hanno spinto la stessa OCSE a negare l'esistenza di una correlazione tra flessibilità ed occupazione. Anzi, lo stesso Realfonzo, in un precedente studio³³¹, prendendo in considerazione il periodo 1990-2003, ha evidenziato come emerga

³³⁰ R. REALFONZO, *La favola dei superprotetti. Flessibilità del lavoro, dualismo e occupazione in Italia*, in *Economia e Politica*, 26 settembre 2014.

³³¹ R. REALFONZO, G. TORTORELLA ESPOSITO, *Gli insuccessi nella liberalizzazione del lavoro a termine*, in *Economia e Politica*, 13 maggio 2014.

proprio la tendenza contraria a quella sostenuta dal governo: al ridursi della protezione del lavoro il tasso di disoccupazione tendenzialmente è incrementato.

Dallo studio emerge, in sostanza, come la protezione del lavoro a tempo indeterminato in Italia sia sostanzialmente in linea con la media dell'Eurozona. Soprattutto, la protezione dei lavoratori italiani risulta essere inferiore a quella che si registra nei principali paesi con cui a senso effettuare il confronto, cioè Germania e Francia: in Italia, infatti, il grado di protezione è stimato pari a 2,79 mentre il valore francese è 2,82 e quello tedesco addirittura 2,98.

In conclusione, secondo questo studio, non è quindi fondato, alla luce del confronto internazionale, affermare che i lavoratori italiani con contratti a tempo indeterminato siano superprotetti.

3.5.3. L'esclusione del lavoro pubblico

Sin dal primo decreto attuativo, varato dall'esecutivo alla fine del 2014 e contenente l'introduzione del contratto a tutele crescenti e le norme sui licenziamenti per i nuovi assunti, si è imposta la questione dell'applicabilità o meno delle nuove norme al settore del lavoro pubblico. A questo proposito, si sono sviluppate due scuole di pensiero: una è quella sostenuta dal premier Matteo Renzi, dal ministro del Welfare Giuliano Poletti e dal ministro della Pubblica Amministrazione Marianna Madia, secondo i quali il Jobs Act non è applicabile ai dipendenti pubblici; l'altra, invece, è portata avanti dai parlamentari di Scelta Civica Pietro Ichino ed Enrico Zanetti, sottosegretario all'Economia, convinti che le nuove regole riguardino anche gli statali.

La questione ha avuto grande seguito anche in dottrina, alimentata dall'assenza di una previsione esplicita che includesse o meno il settore pubblico all'interno della riforma.

La dottrina maggioritaria sosteneva l'applicabilità al pubblico impiego privatizzato del riformato art. 18 St. lav. in ragione del rinvio diretto operato dall'art. 51, 2° comma del d.lgs. n. 165/2001 alla l. n. 300/1970, e «successive modificazioni e integrazioni» e «quindi al nuovo articolo 18, che andrebbe applicato anche alla pubblica amministrazione nella sua interezza, in mancanza di espresse deroghe»³³². La conclusione è rafforzata dal rinvio operato dall'art. 2, 2° comma del d.lgs. n. 165/2001 alle «disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile» e alle «leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa».

³³² Così R. RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in www.altalex.com, 3 dicembre 2012.

Un altro argomento che è stato portato a sostegno dell'estensione dell'art. 18 così come modificato dalla riforma Fornero, è la differenza testuale tra l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e l'art. 1, comma 7, l. n. 92/2012: mentre il primo sancisce inequivocabilmente che «Il decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale», il secondo suggerisce invece che talune norme della riforma statuiscono “espressamente” su tali rapporti. E dato che formalmente non ve ne sono, quali altrimenti potrebbero essere se non quelle che riguardano istituti per i quali l'applicazione al lavoro pubblico risulta necessitata in virtù di *altre* specifiche norme di legge, che da tempo hanno esteso quegli istituti nella loro globalità ai pubblici dipendenti? Secondo questa tesi, la riforma Fornero non ha comportato la «sostanziale cancellazione dell'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001»³³³: non solo perché una simile cancellazione non ha appigli testuali, ma soprattutto perché esistono solide ragioni sistematiche per ritenere pienamente compatibile la riserva di armonizzazione con la possibilità che talune norme della riforma incidano di per se stesse sulla disciplina del pubblico impiego. Il riferimento è all'art. 2, 2° comma, T.U. n. 165/2001, il quale stabilisce che «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa»; di conseguenza, anche in assenza della clausola di cui al comma 7 dell'art. 1, la legge n. 92/2012 si sarebbe pertanto estesa automaticamente al variegato mondo del lavoro pubblico³³⁴.

A tale tesi si sono conformate due pronunce giurisprudenziali rese nell'ambito di un procedimento instaurato ex art. 700 c.p.c. ritenuto ammissibile nonostante l'eccezione di parte convenuta³³⁵.

Nella prima, il tribunale di Perugia, con ordinanza del 9 novembre 2012, dopo aver richiamato il complessivo disegno del riformatore e dopo aver dato atto dell'esistenza in

³³³ Così invece F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, p. 535.

³³⁴ L. CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) articolo 18 St. lav.: “difficile convivenza” o coesistenza pacifica?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 176/2013, p. 7.

³³⁵ Tribunale di Perugia, ord. 9 novembre 2012, il cui oggetto era l'impugnazione del licenziamento intimato ad un collaboratore scolastico attraverso il ricorso al procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. che il Giudice, ha ritenuto ammissibile e compatibile con il nuovo rito accelerato, tenuto conto che il secondo non presuppone il vaglio del *periculum in mora*, e che nel caso di specie non ha ritenuto di non poter accogliere, perché il ricorrente non aveva dato prova di questo presupposto, ritenendolo *in re ipsa* nel provvedimento espulsivo, in *LPA*, 6, 2012, p. 1117. Peraltro, come evidenziato da C. ROMEO, *La legge “Fornero” e il rapporto di impiego pubblico*, in *LPA*, 2012, p. 722, si tratta di un vero e proprio *obiter dictum*, atteso che l'espresso principio dell'applicabilità affermato nel provvedimento, rappresenta un corpo estraneo al *decisum*, limitato alla reiezione della domanda ex art. 700 c.p.c.

dottrina di posizioni differenti in merito all'applicabilità della riforma al lavoro pubblico, ha ritenuto che «allo stato non possa negarsi l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico della disciplina attualmente vigente in materia di licenziamenti dal punto di vista sia sostanziale che processuale». In tal senso deporrebbe il rinvio operato dall'art. 51 del d.lgs. n. 165/2001 allo Statuto dei lavoratori che, in quanto «rinvio mobile», «recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime, dal che consegue l'applicazione del nuovo art. 18 dello statuto (e del rito speciale che il predetto articolo richiama) anche al pubblico impiego privatizzato». Sempre secondo questo Giudice, la tesi dottrinale che propende per la permanente applicabilità del vecchio articolo 18, pur poggiando sull'assunto, ritenuto non secondario, dell'intenzione del legislatore di dettare per il lavoro pubblico norme speciali in materia, contrasta con quella che è la chiara lettera della norma. Ritene, infatti, che tale ricostruzione «non spiega come sia possibile, a fronte di una lettera così chiara che la riforma non ha corretto né intaccato, dettando disposizioni transitorie, considerare il rinvio di tipo recettizio e, per l'effetto, porre a base delle decisioni sui licenziamenti pubblici il vecchio art. 18 abrogato dalla legge 92/2012, determinandone una sopravvivenza a tempo indeterminato che la norma sopra riportata e la carenza di una espressa salvezza delle disposizioni precedenti paiono inequivocabilmente escludere».

Sulla stessa scia si è posto, in sede di reclamo, lo stesso Tribunale di Perugia che, con una ordinanza del 15 gennaio 2013, ha ulteriormente precisato che l'auspicata applicabilità del vecchio art. 18 dovrebbe trovare titolo in una ipotetica abrogazione tacita parziale dell'art. 51, 2° comma, d.lgs. 165/2001, un'abrogazione che non ha appigli testuali e che non può farsi derivare da ragioni sostanziali o sistematiche «poiché nessun argomento depone per la sussistenza di apprezzabili motivi per sottrarre la disciplina del pubblico impiego (sin qui comune a quella dell'impiego privato) alla modifica dell'art. 18 almeno con riferimento ai licenziamenti disciplinari, settore che esula da profili riguardanti finalità di mobilità o di politica del mercato del lavoro».

Della stessa opinione era anche il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (ordinanza del 2 aprile 2013), che ha ritenuto applicabile al lavoratore pubblico sia il nuovo rito che la nuova normativa dell'art. 18, e per quanto riguarda quest'ultimo i giudici sostengono che non si può giungere ad una diversa conclusione, cioè nella specie l'applicazione dell'articolo nel testo vigente ante riforma perché «l'art. 51 comma 2 d.lgs. 165/2001 contiene un rinvio mobile

all'art. 18 St. Lav. e successive modificazioni ed integrazione, sicché ogni novella della norma statutaria si rende applicabile al pubblico impiego in forza del richiamato rinvio; una diversa conclusione non appare giustificabile sulla scorta dell'art. 1 comma 8 l. 92/2012, sia perché ritenendo che detta disposizione abbia reso inapplicabile la novella dell'art. 18 St. lav. ai rapporti di pubblico impiego si giungerebbe all'assurdo che non sarebbe possibile individuare il regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi adottati contro i dipendenti pubblici – non pare avere agganci testuali la tesi, peraltro contraddetta dal testo dell'art. 51 d.lgs. 165/2001, della sopravvivenza *in subiecta materia* dell'articolo 18 St. lav. *ante* riforma – e sia perché il citato art. 1, 8° comma della l. 92/2012 ragiona di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, sicché deve ritenersi (l'esigenza di armonizzazione non avendo senso altrimenti) che esso si riferisca (e qui i giudici prospettano una interpretazione interessante) a quei *corpora* normativi (si pensi tra tutti al contratto di lavoro a tempo determinato, per il quale l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 prevede una regolamentazione in parte difforme da quella di cui alla legge 368/2001) che ancora si presentavano (e si presentano) parzialmente divergenti tra il rapporto di lavoro pubblico e quello privato (tale non è l'ipotesi dell'art. 18 St. lav.) ed è stato dettato al precipuo fine di evitare che l'espressa qualificazione della novella del 2012 come principi e criteri regolatori del lavoro pubblico potesse essere interpretata come estensione ed applicabilità *tout court* dei primi al secondo».

La tesi opposta propendeva, invece, per la permanente applicabilità al settore pubblico dell'art. 18 *pre* riforma Fornero.

Una prima ricostruzione basava la permanente vigenza sull'interpretazione della locuzione «e sue successive modificazioni» come riferita alle modifiche intervenute tra il 1970 e il 2001, non potendo dunque essa riguardare anche le recenti e radicali modifiche di cui alla l. n. 92/2012, attesa l'impossibilità di una valenza *ex post* contenuta in una norma in vigore nel lontano 2001; secondo questa interpretazione, dunque, non è ipotizzabile una lettura dell'art. 51 volta a ipotecare, anche per il futuro, l'applicazione di ogni modifica alle norme dello Statuto al pubblico impiego³³⁶.

³³⁶ C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *LPA*, 2012, V, p. 720; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Utet, 2012, p. 55.

Un'altra ricostruzione considerava innegabile la volontà del legislatore di escludere i dipendenti pubblici dall'applicazione delle norme di modifica dell'art. 18 St. lav., quanto meno, per l'espresso rinvio legale di armonizzazione di cui all'art. 1, 8° comma, della l. n. 92/2012, il quale ha evidente natura programmatica, anche nella parte in cui descrive il procedimento di adeguamento ai «principi e criteri» di cui al 7° comma dell'art. 1 della legge³³⁷. Allo stesso modo, appare innegabile il carattere di una tecnica legislativa abbozzata, poco compresa del carattere imperativo del principio contenuto negli artt. 2, 2° comma, e 51 del d.lgs. n. 165/2001 e del rinvio alle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, fra l'altro mai modificato dalle riforme del pubblico impiego di questi anni: il principio del rinvio mobile è quello per cui solo le norme del d.lgs. n. 165/2001 possono costituire deroga all'applicazione delle discipline del settore privato, salvo naturalmente che il legislatore, nella fonte di riferimento, non provveda ad escluderne l'applicazione, anche implicitamente, in tutto od in parte, ai dipendenti pubblici.

Secondo una più articolata prospettazione³³⁸, invece, la norma doveva essere considerata nella sua interpretazione storico-teleologica, giungendo così alla conclusione sistematica della coesistenza nel sistema di due articoli 18, uno, il nuovo testo risultante dalla modificazione della legge n. 92/2012, applicabile al settore privato, un altro, il vecchio testo, applicabile al settore pubblico. Secondo tale ricostruzione, i commi 7 ed 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 rivelano l'intenzione di varare un corpo di norme specifiche per il settore pubblico che dovrà avvenire, nel rispetto dei principi cardine della riforma, tramite un confronto con le organizzazioni sindacali. Nelle more resta vigente il testo dell'art. 18 nella formulazione antecedente alla legge Fornero. La circostanza per cui la cristallizzazione per il settore pubblico del vecchio art. 18 rappresenti l'intenzione del legislatore troverebbe una chiara conferma nelle finalità della legge «a misura del lavoro privato»³³⁹, sì da apparire «logico e coerente che l'art. 1, comma 7 restringa l'area di applicabilità della legge con

³³⁷ Cfr. S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in www.adaptland.it, p. 36.

³³⁸ Vedi F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in www.csdle.lex.unict.it, che giunge alla seguente conclusione: «non sembra affatto da escludere che una volta interpretata l'arruffata lettera dell'art. 1, commi 7 e 8 l. n. 92/2012 nel senso di escluderne l'applicabilità alle pubbliche amministrazioni, la disposizione dell'art. 51 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 vada intesa come riferita al vecchio testo dell'art. 18 St. lav. a tutt'oggi vigente, ma con un ambito applicativo ridotto, cioè confinato all'impiego pubblico. Mentre, a sua volta, il nuovo testo dello stesso articolo sostituisce sì il vecchio, ma anch'esso con un ambito applicativo ristretto, cioè limitato al lavoro privato».

³³⁹ F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in www.csdle.lex.unict.it, p. 6.

esclusione dell'impiego pubblico, costruendo di conserva la nuova tipologia e disciplina contrattuale». Sotto questo profilo, anzi, si dovrebbe riconoscere l'esistenza di una linea di continuità tra la riforma Fornero e la legge Biagi per ciò che attiene alla volontà di diversificare la disciplina dei rapporti di lavoro pubblici e privati: una volontà di cui testimonierebbe proprio l'art. 1, 8° comma, l. n. 92/2012, che rimandando al previo confronto con le Organizzazioni sindacali l'armonizzazione tra le due discipline risulterebbe chiaramente modulato sul precedente costituito dall'art. 86, 8° comma, d.lgs. n. 276/2003; con la conseguenza che bisognerebbe prendere atto della coesistenza di “un doppio testo ‘vigente’” dell'art. 18 St. lav.: il primo, risultante dalla modifica apportata dall'art. 1, 42° comma, l. 92/2012, valevole per tutto l'impiego privato; il secondo, sopravvissuto nella sua versione *ante* riforma Fornero, valido per il solo impiego pubblico.

Una ulteriore ricostruzione fondava l'applicabilità del previgente art. 18 sulla base dei principi che regolano l'abrogazione delle leggi, con particolare riferimento all'art. 15 delle Preleggi, in base al quale «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia regolata dalla legge anteriore». Considerata, quindi, la portata limitativa dei commi 7 ed 8, secondo questa interpretazione, tale effetto abrogativo avrebbe avuto una portata circoscritta e non completa, dato che si sarebbe prodotto per il solo settore privato e non anche per quello pubblico³⁴⁰.

In sostanza, né la l. n. 183/2014 né il d.lgs. 23/2015 contengono una indicazione esplicita dell'esclusione del lavoro pubblico dall'ambito di applicazione della riforma e, questa volta, la “dimenticanza” – come è stato osservato – non può essere un caso, perché l'esperienza fatta o subito dopo la riforma Biagi, e quella della legge Fornero, doveva fornire insegnamento a sufficienza per non incorrere in drammatici ed infiniti contrasti interpretativi³⁴¹. Conduce ad escludere l'applicazione del d.lgs. n. 23/2015 alle Pubbliche Amministrazioni ed ai loro dipendenti anzitutto un profilo di carattere generale e sistematico, comunque di impatto nel confronto con il rinvio mobile dell'art. 2, 2° comma, del d.lgs. n. 165/2001 che continua a far salva, rispetto alle leggi per l'impresa, l'applicazione delle norme che regolano l'istituto proprio dello stesso T.U.P.I. Sia per i licenziamenti disciplinari, che per

³⁴⁰ A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il novo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, n. 170/2013, p. 12 ss.

³⁴¹ S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in www.adaptland.it, p. 36 ss.

quelli oggettivi e da eccedenza, il d.lgs. n. 165/2001 contiene infatti una imponente regolamentazione di legge, diversa da quella del settore privato sotto il profilo sostanziale e formale/procedurale: così è per i licenziamenti disciplinari, regolati dagli artt. 55 ss. del d.lgs. n. 165/2001, con un apparato normativo che la riforma Brunetta ha fortemente irrobustito, addirittura tipizzando, *ex art. 55 quater*, ipotesi legislative di fatti/inadempimento passibili della sanzione estintiva, in ogni caso dichiarando la imperatività delle norme rispetto a deroghe svolte da parte della contrattazione collettiva e individuale.

Ma così è soprattutto per i licenziamenti di tipo oggettivo, la cui disciplina, almeno nell'ambito della «Gestione del personale in disponibilità» di cui agli artt. 34 e ss. del d.lgs. n. 165/2001, in quanto interamente ricondotta agli istituti della mobilità del personale, appare ontologicamente non riconducibile alle ipotesi di licenziamento “economico” o di licenziamento collettivo di cui alle leggi del settore privato. Per quanto riguarda il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, le differenze tra pubblico e privato appaiono più marcate. La ragione è piuttosto semplice: il datore privato, che opera nel mercato e risente, dunque, dell'andamento di eventuali crisi, di innovazioni della produzione o della rete di distribuzione, della concorrenza, della forza più o meno attrattiva dei marchi, della fedeltà dei clienti e di molti altri fattori, deve essere messo nella condizione di valutare con velocità e flessibilità la possibilità di continuare o meno l'attività lavorativa, con la possibilità di licenziare nel momento in cui la gestione divenga oggettivamente antieconomica. Nel settore, pubblico, invece, la pubblica amministrazione rende servizi, molti dei quali obbligatori e necessari per la collettività e, quindi, a meno di un crack devastante per le casse dello Stato, il motivo oggettivo dovuto a ragioni economiche risulta meno probabile o, comunque, evidente. Tuttavia, esso non è escluso: infatti, è l'art. 33, 1° comma, del d.lgs. 165/2001, stabilisce che «Le pubbliche amministrazioni che hanno situazioni di soprannumero o rilevino comunque eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria, anche in sede di ricognizione annuale prevista dall'articolo 6, comma 1, terzo e quarto periodo, sono tenute ad osservare le procedure previste dal presente articolo dandone immediata comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica». La situazione finanziaria che possa comportare i licenziamenti può essere, per esempio, la situazione di dissesto di una Regione o un Comune, o anche la semplice violazione del Patto di stabilità, se per il piano di rientro risulti necessario ed inevitabile incidere sui costi del personale. L'emersione del

giustificato motivo oggettivo di licenziamento nella pubblica amministrazione non necessariamente conduce al licenziamento. Questo, infatti, sarà conseguenza eventuale dell'infruttuoso espletamento della complessa procedura prevista dall'articolo 33 del decreto legislativo n. 165/2001, che impone a ciascuna amministrazione di verificare: a) la possibilità della risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti che abbiano maturato l'anzianità contributiva; b) la possibilità di ricollocare il personale in esubero, mediante mobilità interna, all'interno dell'ente (ipotesi, in realtà, propria dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo riconnesso non alla situazione finanziaria, ma ad esigenze organizzative), anche avvalendosi di forme di riduzione dell'orario di lavoro; c) la possibilità di ricollocare il personale in esubero mediante mobilità, presso altri enti, previo accordo con essi. Esiste, dunque, un primo sistema di protezione dei lavoratori pubblici, basato sulla mobilità, cioè, trasferimenti verso altri enti in condizioni finanziarie ed organizzative in grado di assumerli. Laddove entro i 90 giorni dalla comunicazione ai sindacati della condizione di esubero i dipendenti non siano ricollocati né all'interno, né presso altre amministrazioni, allora scatta una seconda protezione, la collocazione in "disponibilità". Solo decorsi infruttuosamente i 24 mesi in collocazione in disponibilità, senza che il dipendente in esubero sia riuscito a ricollocarsi, il rapporto di lavoro si risolve e, dunque, diviene efficace la risoluzione del rapporto di lavoro.

Sulla base della predisposizione di un simile complesso meccanismo di filtro, in dottrina, L. Olivieri ha sostenuto l'esclusione dell'applicazione del Jobs Act ai licenziamenti oggettivi delle pubbliche amministrazioni, esclusione che, invece, l'Autore reputa non riferibile, per ragioni di equità, ai licenziamenti disciplinari, ai quali quindi si applicherebbe, anche nel settore pubblico, la reintegrazione nel caso di mancanza di giustificato motivo soggettivo, con l'applicazione però dell'inversione dell'onere della prova³⁴².

In conclusione, è necessario ricordare che parte della dottrina ha addotto a sostegno dell'esclusione del settore pubblico dall'applicazione delle nuove norme l'argomento testuale in forza del quale l'art. 1 circoscrive l'ambito di competenza ai lavoratori «che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo

³⁴² L. OLIVIERI, *Licenziamenti oggettivi economici nel pubblico impiego*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, in www.adapt.it, 2015, p. 126 ss.

indeterminato», con esplicito rinvio alle categorie legali di cui all'art. 2095 c.c.³⁴³. Come è stato osservato, se il legislatore avesse davvero voluto estendere il modello sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi proprio del contratto a tutele crescenti ai dipendenti pubblici, non avrebbe fatto richiamo ad una categoria del tutto residuale per il pubblico impiego, quale quella degli operai, e ad una inesistente, quale è quella dei quadri aziendali, considerando altresì che per la categoria dei dirigenti, è ritenuta dalla giurisprudenza la applicabilità nel settore pubblico della tutela reale di cui all'art. 18 St. lav. nella originaria formulazione, ovvero di quella convenzionale prevista dai contratti collettivi di area dirigenziale³⁴⁴.

Da ultimo, non si può non considerare il fatto che la normativa prevista dal Jobs Act pare scritta per aumentare la convenienza ad assumere e in particolare a tempo indeterminato e certamente questo non è il primo obiettivo della PA, a maggior ragione in questa che è l'era della grande contrazione e della *spending review*. La normativa del c.d. Jobs Act sembra pensata per il settore privato per ridurre il rischio di contenzioso e ridurre l'incertezza presente nell'assunzione a tempo indeterminato per il datore di lavoro in caso di licenziamento, rendendo maggiormente conveniente il contratto a tempo indeterminato, anche alla luce degli sgravi contributivi previsti nella legge di stabilità per il 2015. Nel settore pubblico come è stato più volte evidenziato, in teoria, abbiamo fattispecie di licenziamento per giustificato motivo soggettivo ed oggettivo economico molto chiare e semplici, per le quali il rischio di annullamento del licenziamento da parte del giudice dovrebbe essere minimo. Si pensi, ad esempio, per i licenziamenti economici ai casi di enti in dissesto, agli enti che non rispettano il Patto di stabilità o in piano di rientro oppure che hanno un rapporto spesa per il personale/spesa corrente ben superiore alle soglie di salvaguardia.

Tralasciando la corposa discussione dottrinarica che si è generata sul punto, è necessario considerare che la posizione del Governo in materia è sempre stata chiara e precisa, ribadita fin da subito dal “diretto interessato”, il Ministro del lavoro Poletti, che già nel dicembre 2014

³⁴³ Sostengono questa tesi, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, in www.adapt.it, 2015, p. 67; S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in www.adaptland.it, p. 43; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 236/2015, p. 10. Non ritiene decisivo l’argomento, optando invece per l’applicazione del d.lgs. n. 23/2015 anche ai lavoratori pubblici, F. VERBARO, *Jobs Act e tutele crescenti: il nodo dell’applicazione al lavoro pubblico*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, in www.adapt.it, 2015.

³⁴⁴ C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, II, p. 298 ss.

aveva spiegato che le norme introdotte dalla riforma non interessavano i lavoratori della P.A. «perché tutta la discussione sulla legge delega è stata fatta sul lavoro privato e quindi non si può applicare al pubblico impiego», aggiungendo che «se si vuol discutere del lavoro pubblico in Parlamento c'è una legge delega sulla Pubblica Amministrazione», alludendo al ben noto disegno di legge Madia, la quale, sempre in una intervista del dicembre 2014, sosteneva, *tranchante*, che «secondo i tecnici del governo, la norma, tutta impostata sul lavoro privato, è scritta in modo per cui è pacifico che le nuove regole non si applichino ai dipendenti pubblici».

Il disegno di legge Madia (AS 1577, presentato dal Governo il 23 luglio 2014), è stato convertito in legge 7 agosto 2015, n. 124. Il decreto legislativo in materia di pubblico impiego e di riforma della dirigenza arriverà, però, più avanti, dato che la legge prevede in questo caso una delega di 18 mesi. Le linee guida sono peraltro già note. Innanzitutto, una stretta sulle assenze, con un polo unico presso l'Inps per la medicina fiscale; la ridefinizione del sistema della dirigenza pubblica, articolata in ruoli unificati e coordinati (un solo ruolo diviso su tre livelli: statale, regionale, locale), accomunati da procedure analoghe di reclutamento e requisiti omogenei di accesso, basati sul principio del merito e della formazione continua, nonché su quello della piena mobilità tra i ruoli e la valutazione dei risultati dei dirigenti. In secondo luogo, le amministrazioni pubbliche, sempre senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, sono tenute ad adottare misure organizzative per estendere il telelavoro e incrementare i meccanismi di flessibilità dell'orario di lavoro. Sono previsti, infine, principi e criteri direttivi per la delega sul riordino e la semplificazione della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e dei connessi profili di organizzazione amministrativa, comprendenti, tra l'altro: il riconoscimento nei concorsi pubblici della professionalità acquisita da chi abbia avuto rapporti di lavoro flessibile nelle amministrazioni pubbliche; l'accentramento dei concorsi per tutte le amministrazioni pubbliche e la revisione delle modalità di espletamento; l'introduzione di un sistema informativo nazionale, finalizzato alla formulazione di indirizzi generali e di parametri di riferimento, in grado di orientare la programmazione delle assunzioni; l'attribuzione all'Aran di compiti di supporto tecnico al Dipartimento della funzione pubblica nelle materie inerenti alla gestione del personale; la concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa; la definizione delle materie escluse dalla contrattazione integrativa; la rilevazione delle

competenze dei lavoratori; la definizione di obiettivi di contenimento delle assunzioni, differenziati in base agli effettivi fabbisogni; il progressivo superamento della dotazione organica come limite alle assunzioni, anche per facilitare i processi di mobilità, fermi restando i limiti di spesa.

L'effetto, non si capisce se voluto o meno dal disegno di legge Madia, è allo stato quello di aumentare e probabilmente rendere definitivo il distacco dal modello proprio e caratterizzante della privatizzazione, che, almeno sul piano della disciplina delle fonti, con riguardo all'art. 2, 2° comma, del d.lgs. n. 165/2001, da sempre impone un diritto del lavoro pubblico il più possibile coincidente con il diritto del lavoro privato, riassunto nella formula regolativa fornita dal «codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa», appunto direttamente applicabili ai rapporti di lavoro dei dipendenti e dirigenti pubblici, «fatte salve le [sole] disposizioni contenute nel presente decreto che costituiscono disposizioni di carattere imperativo». Già nel 2006, c'era chi, riferendosi agli istituti della flessibilità e considerando le prime modifiche all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 in materia di contratti a tempo determinato rispetto agli assetti di liberalizzazione che si andavano consolidando nel settore privato, parlava di un «piccolo Requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni»³⁴⁵, intendendo l'abbandono del modello privatistico nell'ambito di utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili da parte delle amministrazioni, come originariamente previsto nel d.lgs. n. 80/1998. Necessariamente privatistiche nella natura, perché attinenti ai rapporti di lavoro e alle relazioni sindacali, le norme di legge introdotte nel settore pubblico successivamente alla «privatizzazione» risultano tuttavia diverse e in tal senso speciali rispetto a quelle applicate nel settore privato, esaltando così il legislatore la porzione dell'art. 2, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 165/2001 che nel modello della riforma Bassanini – D'Antona del 1998 doveva invece assumere valore recessivo, cioè appunto quella relativa alle regole speciali fatte salve perché contenute nel TUPI o perché intervenute successivamente a regolare i rapporti dei soli pubblici dipendenti o di categorie di essi. Questo ha creato diritti del lavoro paralleli fortemente diversificati nella cifra regolativa: diversificazione non sempre giustificata dalla organizzazione amministrativa e quindi dalla particolarità del datore di lavoro, ovvero dai principi costituzionali, quale quello dell'accesso concorsuale all'impiego o della necessità di mantenere equilibri finanziari di bilancio; tant'è

³⁴⁵ S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006, n. 80*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 45/2006.

che M. Ricci riconosceva quale dato strutturale e di sistema questa diversità regolativa, parlando di binari paralleli destinati a non incontrarsi mai più, addirittura potendosi oggi individuare tre categorie di lavoratori: i lavoratori interamente soggetti al diritto pubblico (i non “contrattualizzati” dell’art. 3 del d.lgs. n. 165/2001); i lavoratori del settore privato; ed infine un *tertium genus*, i lavoratori pubblici privatizzati, ma appunto soggetti ad un regime da considerarsi speciale rispetto ai lavoratori del settore privato.

Complice il blocco della contrattazione nazionale, con la riforma Madia si manifesta la definitiva opzione per una regolamentazione prevalentemente di legge dei rapporti di lavoro pubblico, ponendosi in perfetta continuità con la riforma Brunetta avvalorando la fonte legislativa o comunque unilaterale quale punto di riferimento regolativo del settore pubblico, a scapito della fonte negoziale. La tendenza è quella di una conferma della centralità della legge nella disciplina di istituti tipicamente e tradizionalmente demandati alla contrattazione collettiva nazionale o integrativa: la *ratio* sembra essere quella della omogeneità di trattamenti e di regole fra le amministrazioni rispetto alle differenziazioni proprie delle precedenti stagioni contrattuali, la quale può forse generare contenimento dei costi, ma determina appiattimento regolativo e scarsa attenzione per le diverse esigenze di settore: esigenze che possono invece essere avvertite dalla contrattazione e che per un certo periodo sono state percepite come un valore da perseguire.

CONCLUSIONI

Il potere disciplinare costituisce da sempre un florido terreno di confronto dottrinale, in quanto è l'unico rapporto a prestazioni corrispettive in cui a uno dei due contraenti è attribuito il potere di irrogare al *partner* contrattuale delle sanzioni disciplinari.

Questa supposta anomalia è stata per decenni al centro del dibattito in dottrina ed ha rappresentato un argomento molto praticato per la definizione del fondamento del potere stesso. Questo squilibrio contrattuale è stato letto da molti come la conseguenza necessaria della derivazione del suddetto potere da una riconosciuta e naturale posizione di supremazia che il datore di lavoro, proprietario dei mezzi di produzione e «capo dell'impresa», ha nei confronti del lavoratore (a lui) subordinato. Da un altro punto di vista, la dottrina prevalente, a partire dagli anni '60, ha sposato una teoria maggiormente equilibrata, riconoscendo, da un lato, l'innegabile posizione preminente di una parte sull'altra – non per questo in violazione del principio di uguaglianza *ex* articolo 3 Cost. – ma, dall'altro, ha escluso che ciò comportasse necessariamente l'accettazione della tesi di un potere disciplinare imposto dai fatti, prescindente quindi dalla libera accettazione del lavoratore, accordata mediante il contratto.

La possibilità per il datore di lavoro di sanzionare l'inadempienza e la violazione degli obblighi di diligenza nell'esecuzione della prestazione e di fedeltà e non concorrenza da parte del prestatore si inserisce nell'ottica di una funzionale organizzazione del lavoro all'interno dell'impresa, la quale può così assicurare al datore di lavoro un certo profitto, che lo ripaghi degli investimenti fatti all'interno della stessa, e al lavoratore una occupazione che gli consenta di mantenere se stesso ed eventualmente la propria famiglia.

Fondamentale diviene la delimitazione dell'ambito all'interno del quale possono essere applicate le sanzioni. Un corretto bilanciamento tra le varie esigenze in campo è necessario affinché non tutto venga considerato lesivo degli interessi del lavoratore e degli obblighi "accessori" che discendono dal contratto, ma anche per evitare che tutto venga ritenuto accettabile. Tra questi due estremi si muove la riflessione della dottrina, maggiormente propensa ad una restrizione dell'ambito delle condotte vietate, e l'interpretazione piuttosto estensiva della giurisprudenza che tende, invece, ad ampliare i confini della diligenza e della fedeltà ben oltre i limiti letterali disegnati degli articoli 2104 e 2105 c.c., fino a proporre un

concetto di fedeltà inteso come lealtà (in senso lato) nei confronti del datore di lavoro, trasformandola in una sorta di fiducia “personale” che diviene un vero e proprio affidamento nelle qualità personali del lavoratore.

Le infrazioni e le relative sanzioni sono normalmente tipizzate dai contratti collettivi e dalla legge. La proporzionalità tra infrazione contestata e sanzione irrogata costituisce il punto nodale del procedimento di irrogazione della sanzione e trova la sua legittimazione nella considerazione che, se l'interesse sotteso alla titolarità del potere disciplinare è il ripristino dell'ordine violato in vista di un miglior funzionamento dell'organizzazione dell'impresa, allora il suo esercizio non può che essere commisurato alla gravità di tale violazione e quindi alla concreta infrazione addebitata al dipendente. Affinché il lavoratore possa mantenere un comportamento conforme a quanto richiesto dal datore di lavoro, è necessario che la predeterminazione delle infrazioni e delle relative sanzioni sia cristallizzata all'interno di un documento – il codice disciplinare o in alcuni casi i codici aziendali – che sia conoscibile alla comunità dei prestatori di lavoro. Strettamente connessa a questa prima finalità è la riduzione al minimo degli spazi di discrezionalità e di arbitrio lasciati al datore di lavoro, in modo tale che il lavoratore sappia sempre – o quasi sempre – che ad una determinata infrazione corrisponde quella determinata sanzione.

Il principio di proporzionalità costituisce, dunque, un canone fondamentale posto a presidio del legittimo esercizio del potere disciplinare affinché la reazione sia adeguata alla rilevanza dell'infrazione. In stretta connessione col principio di proporzionalità vi è poi quello della graduazione della sanzione.

Affinché la proporzionalità sia rispettata è importante che il ventaglio di sanzioni sia il più possibile preciso e variegato, in modo tale da assicurare che il lavoratore, alla prima infrazione, non venga punito in maniera troppo severa rispetto al fatto concretamente commesso, essendo interesse anche del datore di lavoro, ai fini di una maggiore efficienza e di un più produttivo spirito di collaborazione, costruire un sistema nel quale anche la “punizione” viene inflitta secondo principi di correttezza e gradualità, riservando la sanzione espulsiva ai casi più gravi o di recidiva.

Mentre nel settore privato si è avvertita la tendenza, soprattutto da parte della giurisprudenza, ad una estensione quasi incontrollata di concetti chiave per la definizione dell'ambito delle infrazioni, quali quelli di “obbedienza” e “fedeltà”, che ha comportato una

sensibile crisi del principio di proporzionalità, nel settore pubblico si è assistito ad un ampliamento delle fattispecie previste in un'ottica di maggior rispetto della gradualità. Come abbiamo visto, infatti, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e delle successive modifiche operate con il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono state introdotte una serie di infrazioni tipizzate alle quali corrispondono predefinite sanzioni. La tendenza è confermata anche dall'introduzione delle sanzioni conservative per i dirigenti pubblici, i quali, fino alla riforma del 2009, erano passibili solamente di licenziamento (che, peraltro, rimane, allo stato attuale, l'unica sanzione prevista per il dirigente privato). Contestualmente all'attribuzione di una più ampia sfera di potere sanzionatorio, è stata però tolta la piena discrezionalità di esercizio ed è stato previsto il relativo obbligo di procedere all'azione disciplinare e sono state previste minuziose regole che vincolano i singoli passaggi dell'esercizio del potere, con il prevedibile risultato di ostacolare la libertà di valutazione e di appesantire le procedure.

Ma l'ambito nel quale, negli ultimi tre anni, il principio di proporzionalità ha subito gli attacchi più feroci è quello del licenziamento. La riforma Fornero prima e il Jobs Act poi hanno modificato un sistema rimasto inalterato per oltre quarant'anni, rendendo sostanzialmente irrilevante la valutazione circa la proporzione tra fatto contestato e sanzione irrogata. L'idea è che se un inadempimento è stato commesso dalla persona interessata questa ha in qualche modo contribuito a "guastare" la collaborazione e diviene quindi meritevole del solo indennizzo. La tutela reintegratoria, infatti, diviene un'eccezione alla regola, limitata alle sole ipotesi in cui il datore di lavoro abusi in maniera intollerabile del suo potere: l'irrogazione della massima sanzione a fini discriminatori o nel caso di un fatto storicamente inesistente. La reintegrazione pare diventare piuttosto una punizione per il datore di lavoro, anziché un diritto del lavoratore licenziato in assenza di un valido motivo.

Né diversamente si pongono le innovazioni apportate, quest'anno, dal Jobs Act, che anzi restringe ulteriormente le ipotesi di reintegrazione limitandole a quelle in cui sia dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento. Come abbiamo visto, questa ricostruzione porta ad una contrazione delle ipotesi in cui il giudice, in caso di illegittimità del licenziamento, può disporre la reintegrazione del lavoratore licenziato. Se a questo aggiungiamo che la nuova disciplina è applicabile anche ai licenziamenti per

giustificato motivo oggettivo, ai licenziamenti collettivi e ai licenziamenti per superamento del periodo di comporto, ben si può affermare che l'effetto ottenuto dal Jobs Act è quello di ottenere una affermazione dell'eccezionalità della reintegra, a fronte dell'usuale indennizzo, peraltro ridotto rispetto a quanto precedentemente previsto dalla riforma Fornero. A maggior ragione se l'interpretazione che viene data alla norma comporta, ad esempio, la validità di un licenziamento intimato al lavoratore che si sia presentato sul posto di lavoro con pochi minuti di ritardo, in quanto il fatto è effettivamente sussistente, mentre sicuramente meno lo è la proporzionalità tra l'infrazione commessa e la sanzione irrogata, proporzionalità la cui valutazione è esplicitamente esclusa dalla lettera della legge.

Orizzonti nuovi, forse, sono dischiusi da due recentissime sentenze della Corte di Cassazione, entrambe del 13 ottobre 2015, n. 20540 e 20545 (entrambe in *C.E.D.*), le quali offrono rilevanti indicazioni interpretative in ordine alla “insussistenza del fatto contestato” che è richiesta dal novellato articolo 18 come presupposto per l'applicazione della tutela reintegratoria. La Cassazione si è pronunciata con poche ma pesanti parole sui licenziamenti in base alla legge Fornero, facendo però capire, senza dirlo esplicitamente e per inciso, che lo stesso ragionamento vale per il contratto a tutele crescenti.

Con la prima delle due sentenze in commento, la n. 20540, la Corte di Cassazione ha confermato la pronuncia della Corte di appello di Milano, che aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento intimato ad una lavoratrice e condannato l'azienda alla reintegra nel posto di lavoro ai sensi del vigente articolo 18, 4° comma, St. lav. Detto licenziamento poggiava su una contestazione articolata in quattro punti, evidenzianti secondo l'azienda un atteggiamento “persecutorio e vendicativo” della lavoratrice nei confronti dell'amministratore delegato: a) l'aver proferito la dipendente parole risentite nei confronti del superiore, con le quali ne aveva messo in dubbio la correttezza e il rispetto dei valori aziendali; b) la mancata risposta al direttore finanziario che la invitava ad esaminare la sua posizione ed a discutere direttamente con l'amministratore delegato dell'azienda; c) l'aver segnalato ad altro dirigente della società l'intenzione dell'amministratore delegato (di cui la lavoratrice avrebbe avuto notizia in modo asseritamente non autorizzato) di volere cambiare azienda; d) il non avere restituito un apparecchio telefonico posto in dotazione dall'azienda. La Corte di appello di Milano aveva ritenuto il primo addebito tardivo, il secondo addebito non contrastante con la disciplina di impresa, il terzo e il quarto sostanzialmente insussistenti (la lavoratrice aveva

appreso direttamente dall'amministratore delegato le proprie intenzioni e non aveva mai rifiutato la restituzione del telefono). La società ricorrente aveva censurato la sentenza della Corte di Appello per non avere valutato, nella loro complessità, i comportamenti della lavoratrice e per avere applicato la disciplina reintegratoria dell'articolo 18, 4° comma, benché i fatti contestati fossero risultati sussistenti. La Corte di Cassazione, preso atto della mancata censura, ad opera della parte ricorrente, del capo di sentenza che aveva considerato la tardività del primo addebito, ha confermato la statuizione della Corte di appello anche laddove aveva ritenuto gli ulteriori fatti contestati insussistenti o privi di rilievo giuridico, poiché unicamente contrari alle "regole della compostezza e degli usi mondani" e, pertanto, giuridicamente non rilevanti.

La corte ha osservato che «quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di insussistenza del fatto contestato, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al presente caso la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, che si riferisce ad un caso di insussistenza materiale del fatto contestato). In altre parole, la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, 4° comma».

La Cassazione, dunque, chiarisce che la tutela reintegratoria di cui all'articolo 18, 4° comma, debba trovare applicazione nelle ipotesi in cui il fatto materiale contestato, seppur sussistente, si sia rivelato privo del carattere della illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione e, quindi, sia irrilevante dal punto di vista giuridico.

I chiarimenti forniti dalla Corte sanciscono un principio minimale, scongiurando l'ipotesi per cui un licenziamento disciplinare intimato per un comportamento lecito del dipendente (rivelatosi effettivo), possa essere giudizialmente dichiarato illegittimo, per difetto di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ma sia comunque ritenuto produttivo di effetti, determinando lo scioglimento del rapporto di lavoro, a fronte solamente del versamento di una indennità risarcitoria nella misura determinata dal novellato articolo 18, 5° comma.

La seconda sentenza in commento, la n. 20545, aveva ad oggetto un licenziamento intimato da una azienda telefonica nei confronti di un dipendente con riferimento alla

fattispecie dell'articolo 48, lettera b) del C.c.n.l., che prevede il licenziamento per fatti arrecanti all'azienda "grave nocumento morale o materiale". Nel rilevare che la Corte di appello di Roma non aveva proceduto ad un accertamento dei fatti costituenti il grave nocumento morale o materiale e ciò nonostante avesse ritenuto questi "provati a sufficienza" e "sussumibili nella fattispecie dell'articolo 48, lettera b) del C.c.n.l.", ha cassato con rinvio la sentenza impugnata ed ha precisato che «tale nocumento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione, onde l'accertamento della sua mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista dall'articolo 18, legge 300 del 1970, modificato dall'articolo 1, 42° comma, legge 28 giugno 2012, n. 92, quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto di lavoro. Questo elemento deve infatti considerarsi esistente qualora la fattispecie di illecito configurata dalla legge o dal contratto sia realizzata soltanto in parte».

Vista la posizione espressa dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 20540, sembra logico ritenere che la Corte abbia voluto precisare che, nei casi in cui il fatto contestato dal datore di lavoro sia costruito in aderenza ad una specifica fattispecie di illecito disciplinare, prevista dal contratto collettivo o dalla legge, – ferma l'indagine sulla sussistenza del fatto nella sua materialità – la fattispecie assume rilievo, imponendo che tutti gli elementi costitutivi di essa debbano essere riscontrati nel caso concreto (quindi provati dal datore di lavoro). In difetto di uno degli elementi costitutivi della fattispecie, che abbiano trovato espressione nella missiva di addebito disciplinare rivolta al dipendente, il fatto contestato dovrà ritenersi insussistente. Nel caso in questione, dunque, la Cassazione, rilevato che la fattispecie di quell'illecito disciplinare imponeva, tra i suoi elementi costitutivi, "il grave nocumento morale o materiale" oltre alla condotta inadempiente o negligente, ha ravvisato l'erroneità della pronuncia di secondo grado che tale danno aveva ritenuto provato, a dispetto di un adeguato accertamento sul punto.

Pertanto, merita di essere rimarcato il secondo passaggio della motivazione sopra sottolineata: laddove un comportamento sia stato contestato ad un dipendente in relazione ad una fattispecie di illecito disciplinare che preveda la compresenza di diversi elementi costitutivi (nella specie, la condotta inadempiente o scorretta ed il danno), il fatto può dirsi sussistente solo se tutti gli elementi del fatto contestato abbiano trovato conferma in giudizio. Nel caso in esame, quindi, la prova solo della condotta, ma non del grave nocumento, dando

luogo ad insussistenza del fatto contestato, determina l'applicazione, stando alle indicazioni della Cassazione, della tutela reintegratoria di cui all'articolo 18, 4° comma.

Conclusivamente, si può affermare che il fatto (materiale) contestato deve essere illecito e, per essere ritenuto sussistente, deve essere provato in tutti i suoi elementi costitutivi, ove riferito ad una specifica fattispecie di illecito contrattuale.

Come noto, la citata sentenza della Cassazione 6 novembre 2014, n. 23669 ha orientato le scelte adottate nel decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, il cui articolo 3, 2° comma, stabilisce che la tutela reintegratoria trovi ingresso «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Di conseguenza, sembra lecito immaginare che le sentenze 20540 e 20545, per i passaggi relativi agli ambiti di applicazione della tutela reintegratoria di cui al vigente articolo 18, 4° comma, possano essere rilevanti anche per una futura interpretazione dell'articolo 3, 2° comma d.lgs. 23/2015, e della ormai celebre espressione «insussistenza del fatto materiale contestato».

La Corte, infatti, ha fornito una nuova interpretazione di cosa debba intendersi per “fatto materiale” ai sensi dell'articolo 18 St. lav. che, fino a diversa statuizione, mantiene rilevanza anche rispetto al nuovo regime delle c.d. “tutele crescenti” introdotte dal Jobs Act. Il fatto è sussistente, ai fini del licenziamento, soltanto quando abbia anche una rilevanza giuridica e un carattere illecito, stravolgendo così la precedente posizione per la quale il fatto contestato è quello strettamente materiale e recuperando una visione maggiormente attinente a quella teoria giuridica del fatto, in accordo con la quale se il fatto presuppone un elemento non materiale tale elemento diviene parte integrante del fatto (materiale) e, come tale, soggetto ad esame. L'irrilevanza giuridica del fatto, per non illiceità o per scarsa o scarsissima importanza, equivale alla sua insussistenza materiale, con diritto alla reintegrazione *ex* articolo 18 sia in base alla legge Fornero sia al decreto legislativo 23/2015, cui la Cassazione con la sentenza n. 20540 ha fatto riferimento, anche senza nominarlo, richiamando il “fatto materiale”. È stato lanciato in questo modo un messaggio per il futuro: la reintegrazione sarà dovuta sempre se il licenziamento è fondato su fatti non illeciti, in quanto «fatto non illecito» equivale a «fatto inesistente».

Un ulteriore spunto di riflessione riguarda l'onere probatorio del lavoratore. L'articolo 3, 2° comma, addossa al lavoratore l'onere di «dimostrare direttamente l'insussistenza del fatto materiale contestato», a dispetto dell'onere datoriale di dimostrare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, *ex* articolo 5, legge 15 luglio 1966, n. 604. Stanti le precisazioni contenute nella sentenza n. 20545/2015 sull'onere datoriale di dimostrazione del fatto in tutti i suoi elementi costitutivi, non è da escludere che la giurisprudenza fornisca, in futuro, una lettura della norma di cui all'articolo 3, 2° comma, tale da ridimensionare la portata dell'onere probatorio a carico del lavoratore.

Naturalmente non si può ancora prevedere lo sviluppo dottrinale e giurisprudenziale che avranno queste prime precisazioni della Cassazione. Certamente potranno però contribuire a porre rimedio alla principale criticità del decreto “Tutele crescenti”, ovvero l'incertezza normativa derivante soprattutto dall'introduzione del concetto di fatto «materiale», il quale – come abbiamo visto – almeno finora, ha favorito una interpretazione estensiva delle cause per cui è legittimo procedere al licenziamento senza alcuna possibilità di reintegro per il lavoratore.

BIBLIOGRAFIA

AIMO, Mariapaola, *Jobs Act, una prima lettura della legge delega in corso di approvazione*, in <http://www.questionegiustizia.it>.

ALBI, Pasqualino, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 160/2012.

ALESSI, Cristina, *Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 9, Torino, Utet, 1991, p. 113 ss.

ALLEVA, Piergiovanni, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, 17 aprile 2012.

ALVARO, Francesco, *Riforma del lavoro Fornero: prime considerazioni*, in www.altalex.com, 4 luglio 2012.

AMOROSO, Giovanni, *Nuovo orientamento della Corte di Cassazione in tema di licenziamento disciplinare del dirigente d'azienda*. in *Foro it.*, 1992, I, p. 381 ss. (nota a Cass. 28 novembre 1991, n. 12758).

AMOROSO, Giovanni, *Sanzioni disciplinari*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 3° ed., 2009, p. 742 ss.

BARGOGELLI, Franca, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di L. ZOPPOLI, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, p. 399 ss., disponibile a www.unisi.it.

BARGOGGELLI, Franca, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione.*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 112/2010.

BELLAVISTA, Alessandro, *La tutela del lavoro tra marketing politico ed esigenze reali*, in <http://www.dirittisocialie cittadinanza.org>.

BERTOCCO, Silvia, *Elasticità o tassatività del codice disciplinare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 556 ss. (nota a Cass. 9 agosto 1996, n. 7370).

BOLLANI, Andrea, *Il licenziamento disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di MAINARDI, Torino, Utet, 2012, p. 117 ss.

BORTONE, Roberta, *Sub art. 7 St. lav.*, in A.A.V.V., *Lo Statuto dei lavoratori: commentario*, diretto da G. GIUGNI, Milano, Giuffrè, 1979, p. 58 ss.

BOSCATI, Alessandro, *Responsabilità dirigenziale*, in A.A.V.V. *La terza riforma del lavoro. Commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, aggiornato al "Collegato Lavoro", Milano, IPSOA, 2011, p. 191 ss.

BOSCATI, Alessandro, *La difficile convivenza tra il novo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 170/2013.

BROLLO, Marina, *La mobilità interna del lavoratore*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, *sub art. 2103 c.c.*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 546 ss.

CAGETTI, Davide, *Sull'affissione del c.d. codice disciplinare aziendale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, p. 294 ss. (nota Pret. Firenze 28 marzo 1997).

CARINCI, Franco, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, p. 529 ss. e in www.csdle.lex.unict.it.

CARINCI, Franco, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in www.csdle.lex.unict.it.

CARINCI, Franco, *"Provaci ancora Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 3 ss. e in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 138/2012.

CARINCI, Franco, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in www.csdle.lex.unict.it.

CARINCI, Franco, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in www.csdle.lex.unict.it.

CARINCI, Franco, *Jobs Act, Atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni.*, in www.adapt.it, 2015, p. 1 ss.

CARINCI, Franco, *Il licenziamento disciplinare*, F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in www.adapt.it, 2015, p. 73 ss.

CARINCI, Franco, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, in www.adapt.it, 2015, p. 65 ss.

CARINCI, Maria Teresa, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, Milano, 2013, disponibile in www.aidlass.it, p. 1 ss.

CARLETTI, Lorenzo – GRIVET FETA', Sabrina, *La graduazione delle tutele nel vigente art. 18 l. 300/1970 tra "limiti interni" e "limiti esterni" al potere di licenziamento*, in *Il caso.it*, 4 dicembre 2014.

CASTALDO, Fausto, *Recidiva e continuazione in ambito disciplinare*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 1993, p. 191 ss.

CAVALLARO, Luigi, *Pubblico impiego e (nuovo) articolo 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 176/2013.

CESSARI, Aldo, *Fedeltà, lavoro, impresa*, in *Atti delle giornate di studio di Salsomaggiore (25-27 aprile 1969)*, Milano, Giuffrè, 1969.

CESTER, Carlo, MATTAROLO, Maria Giovanna, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHELSINGER, *sub art. 2104 c.c.*, Milano, Giuffrè, 2007.

CESTER, Carlo, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in www.csdle.lex.unict.it.

CORRADO, Renato, *Trattato di diritto del lavoro. Parte generale*, Torino, Utet, I, 1965, p. 230 ss.

COSTANZI, Daniele, *Dirigenti: unità della categoria e garanzie ex art. 7 St. lav.*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 637 ss. (nota a Cass. S.U. 30 marzo 2007, n. 7880).

CURRAO, Concetta, PICARELLA, Giulia, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 109/2010.

D'AVOSSA, Edoardo, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, Milano, Ipsoa, 1983.

DE AGOSTINI, Stefano, *Licenziamenti collettivi, giuslavorista: "Jobs Act incostituzionale, discriminatorio"*, in *Il Fatto quotidiano*, 29 dicembre 2014.

DE ANGELIS, Luigi, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT - 250/2015.

DE LUCA TAMAJO, Raffaele, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, IV, p. 1064 ss.

DEL PUNTA, Riccardo, *Le sanzioni conservative*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 9, Torino, Utet, 1991, p. 87 ss.

DEL PUNTA, Riccardo, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 13 ss.

DE LITALA, Luigi, *Il contratto di lavoro*, Torino, Utet, 1956, IV ed., p. 229 ss.

DE LUCA TAMAJO, Raffaele, *I licenziamenti disciplinari dalla Corte costituzionale alle Sezioni Unite: opzione per la tesi "ontologica", chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti*, in *Foro it.*, 1987, I, p. 2031 (nota a Cass. S.U. 1 giugno 1987, n. 4823).

DI PAOLA, Luigi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè, 2° ed., 2010.

DI PAOLA, Luigi, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, p. 1 ss.

DONDI, Germano, *Le sanzioni disciplinari*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1990, p. 47 ss.

FERRANTE, Vincenzo, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Torino, Utet, 2012, p. 1 ss.

FOA', Sergio, BIOLETTI, Marisa, *Responsabilità disciplinare della dirigenza pubblica tra sanzioni contrattuali e moralizzazione ex lege*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2015, disponibile anche a www.piemonteaautonomie.cr.piemonte.it.

FONTANA, Antonio, *Sanzioni disciplinari*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, p. 328 ss.

FRENI, Antonino, GIUGNI, Gino, *Lo statuto dei lavoratori: commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 1 ss.

GAETA, Gianluigi, *Brevi note in materia di licenziamento disciplinare*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, p. 502 ss.

GALLI, Ginevra, *Ancora in tema di codice disciplinare ex art. 7, 1° comma, Stat. Lav.*, in *Riv. giur. lav.*, 1985, II, p. 196 ss.

GALLINO, Luciano, *Una riforma a favore del più forte*, in *La Repubblica*, 24 aprile 2012.

GARGIULO, Umberto, *Il licenziamento "economico" alla luce del novellato art. 18*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 203/2014.

GARILLI, Alessandro, *Occupazione e diritto del lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 226/2014.

GHIDINI, Gustavo, *Della concorrenza sleale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, *sub artt. 2598-2601 c.c.*, Milano, Giuffrè, 1999 (ristampa), p. 37 ss.

GIAVAZZI, Francesco, *Quella trappola nascosta nel Jobs Act*, in *Corriere della Sera*, 30 novembre 2014.

GIUBBONI, Stefano, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 246/2015.

GUGLIELMETTI, Giannantonio, *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, Cedam, 1961, p. 71 ss.

ICHINO, Pietro, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 206 ss.

ICHINO, Pietro, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2003, p. 315 ss.

ICHINO, Pietro, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*. Relazione al Convegno del Centro nazionale di Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", Pescara, 11 maggio 2012, in www.pietroichino.it.

ICHINO, Pietro, *Licenziamento disciplinare: il senso della riforma*, risposta ad un lettore, in www.pietroichino.it, newsletter n. 331, 2 febbraio 2015.

LANOTTE, Massimo, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 28 ss.; 93 ss.

LAZZARI, Chiara, *Il codice disciplinare*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Torino, Utet, 2012, p. 29 ss.

LEVI, Alberto, *Lavoro pubblico ed esercizio del potere disciplinare negli accordi collettivi nazionali della terza tornata contrattuale*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, IV, p. 242 ss.

LIMA, Alessandro, *La responsabilità disciplinare nel rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2013, p. 60 ss.

LISO, Franco, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in www.csdle.lex.unict.it.

LO STORTO, Valentina, *Il nuovo procedimento disciplinare*, in A.A.V.V., *La nuova riforma del lavoro pubblico: commento alla legge 4 marzo 2009, n. 15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, a cura di M. TIRABOSCHI, F. VERBARO, Milano, Giuffrè, 2010, p. 477 ss.

MAGNANI, Mariella, *La riforma del mercato del lavoro*, in *La riforma del mercato del lavoro*, in www.adapt.it, 17 aprile 2012, n. 14.

MAGNANI, Mariella, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 256/2015.

MAGRINI, Sergio, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in www.csdle.lex.unict.it.

MAINARDI, Sandro, *Sanzioni disciplinari*, in *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, diretto da F. CARINCI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 469 ss.

MAINARDI, Sandro, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHELINGER, sub art. 2106 c.c., Milano, Giuffrè, 2002.

MAINARDI, Sandro, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, IV, p. 615 ss.

MAINARDI, Sandro, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo e ritorno*, in A.A.V.V. *La terza riforma del lavoro. Commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, aggiornato al “Collegato Lavoro”, Milano, IPSOA, 2011, p. 461 ss.

MAINARDI, Sandro, *Le sanzioni disciplinari conservative del rapporto di lavoro*, in A.A.V.V., *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Torino, Utet, 2012, p. 87 ss.

MAINARDI, Sandro, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in www.adaptland.it, p. 29 ss.

MANCINI, Giuseppe Federico, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957.

MARAZZA, Marco, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, IT - 236/2015.

MARAZZA, Marco, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in www.csdle.lex.unict.it.

MARESCA, Arturo, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 436 ss.

MARI, Attilio, *Le tutele decrescenti nel primo decreto attuativo del Jobs Act*, in www.questionegiustizia.it, 26, gennaio, 2015.

MARIUCCI, Luigi, *Contratto a tutele crescenti e disciplina dei licenziamenti: l'oscuro contenuto del d.d.l. delega n. 2600 del 2014*, in <http://www.dirittisocialiecittadinanza.org>, 27 ottobre 2014.

MARIUCCI, Luigi, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in www.ripensarelasinistra.it, 10 gennaio 2015.

MATTAROLO, Maria Giovanna, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, sub art. 2105 c.c., Milano, Giuffrè, 2000.

MAZZIOTTI, Fabio, *Diritto del lavoro*, Napoli, Editoriale scientifica, 1984, p. 287 ss.

MAZZOTTA, Oronzo, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, IV ed., 2011.

MAZZOTTA, Oronzo, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT - 159/2012.

MENGONI, Luigi, *Il potere disciplinare*, in *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, p. 387 ss.

MEUCCI, Mario, *Il contenuto e la pubblicità del codice disciplinare*, in *Confronti e Intese*, n. 3/1997, disponibile con aggiornamenti a www.dirittolavoro.altervista.org.

MEUCCI, Mario, *Vicende private e incidenza sul rapporto "fiduciario" di lavoro*, in *Lavoro e giurisprudenza*, Ipsoa ed., n. 11/1996, p. 885 ss., aggiornato in *Lavoro e previdenza oggi*, n. 7/2001, p. 859 ss.; disponibile a www.dirittolavoro.altervista.org.

MEUCCI, Mario, *Il trasferimento dei lavoratori*, in *Consulenza*, Buffetti ed., 23/2007, disponibile con aggiornamenti a www.dirittolavoro.altervista.org.

MEUCCI, Mario, *La nuova disciplina dei licenziamenti: una legge malfatta*, in www.altalex.com, 11 luglio 2012.

MEUCCI, Mario, *La riduzione delle tutele nel cosiddetto Jobs Act*, in www.filodiritto.com, 27 febbraio 2015.

MIANI CANEVARI, Fabrizio, *Codice disciplinare e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1986, I, p. 128 ss. (nota a sentenza Cass. 18 luglio 1985, n. 4247).

MIMMO, Giovanni, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, in www.agilazio.it, 7 gennaio 2015.

MONTUSCHI, Luigi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1973.

MONTUSCHI, Luigi, *Commento all'art. 7*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna – Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1979, p. 34 ss.

MONTUSCHI, Luigi, *Il licenziamento disciplinare del dirigente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 913 ss. (nota a Cass. S.U. 29 maggio 1995, n. 6041).

NICCOLAI, Silvia, *Per una lettura costituzionalmente orientata della riforma Fornero ed un diritto del lavoro nuovo*, in A.A.V.V., *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, a cura di F. AMATO e R. SANLORENZO, in www.magistraturademocratica.it, p. 13 ss.

NOGLER, Luca, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, n.116/2007, 4, p. 593 ss.

NOVIELLO, Giustina, TENORE, Vito, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 135 ss.

OLIVIERI, Luigi, *Licenziamenti oggettivi economici nel pubblico impiego*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, in www.adapt.it, 2015, p. 124 ss.

PALLA, Michele, *Impugnazione della sanzione disciplinare e decorrenza del termine di efficacia della recidiva: spunti problematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 160 ss.

PAPALEONI, Marco, *Licenziamento disciplinare e dimensioni dell'impresa*, in *Mass. giur. lav.*, 1972, p. 336 ss.

PAPALEONI, Marco, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, Jovene, 1996.

PAPALEONI, Marco, *Opinabilità del concetto di giusta causa di licenziamento e strabismo della Corte di Cassazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, p. 153 ss. (nota a sentenze 5742-5753/1995).

PAPALEONI, Marco, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: " Mons tremuit, et mus parietur "*, in www.csdlle.lex.unict.it.

PELINO, Sandro, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa nei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 1 ss.

PERA, Giuseppe, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di C. ASSANTI – G. PERA, Padova, 1972, sub art. 7, p. 71 ss.

PERA, Giuseppe, *Il licenziamento come sanzione disciplinare*, in *Giustizia civile*, 1983, p. 19 ss.

PERA, Giuseppe, *Diritto del lavoro*, Roma, Cedam, 1996.

PERSIANI, Mattia, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Roma, Cedam, 1966.

PERSIANI, Mattia, *Preliminari al potere disciplinare*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione, Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. MARTONE, Roma, Cedam, 2012.

PERUCCO, Paolo, *L'esercizio del dovere di cura contrario all'interesse economico del datore di lavoro non costituisce illecito disciplinare*, in *Riv. critica dir. lav.*, p. 920 ss. (nota a Cass. 19 aprile 2006, n. 9056).

PERULLI, Adalberto, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, p. 561 ss.

PICCININI, Alberto, *Le modifiche all'art. 18*, in www.bollettinoadapt.it, 11 aprile 2012.

PROIA, Giampiero, *Doveri preparatori della prestazione ed obbligo positivo di fedeltà*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, p. 832 ss. (nota a sentenza Cass. 5 dicembre 1990, n. 11657).

RAVELLI, Fabio, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 122/2011.

REALFONZO, Riccardo, TORTORELLA ESPOSITO, Guido, *Gli insuccessi nella liberalizzazione del lavoro a termine*, in www.economiaepolitica.it, 13 maggio 2014.

REALFONZO, Riccardo, *La favola dei superprotetti. Flessibilità del lavoro, dualismo e occupazione in Italia*, in *Economia e Politica*, 26 settembre 2014.

RICCI, Maurizio, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *La politica del governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014, www.adapt.it, p. 454 ss.

RIVA SANSEVERINO, Luisa, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, Utet, 1973, p. 349 ss.

RIVERSO, Roberto, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in www.altalex.com, 22 novembre 2012.

RIVERSO, Roberto, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in www.altalex.com, 3 dicembre 2012.

RIVERSO, Roberto, *I licenziamenti disciplinari tra Jobs Act e riforma Fornero (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in www.questionegiustizia.it, 23 febbraio 2015.

ROMEO, Carmelo, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *LPA*, 2012, V, p. 713 ss.

ROMEO, Carmelo, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, II, p. 285 ss.

SCARPELLI, Franco, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in www.csdle.lex.unict.it.

SCIME', Dario, *Licenziamento disciplinare del dirigente e applicabilità dell'art. 7 St. lav.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 146 ss. (nota a Cass. S.U. 30 marzo 2007, n. 7880).

SCIME', Dario, *Sulle modalità di affissione del codice disciplinare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 417 ss. (nota a Cass. 8 ottobre 2007, n. 20733).

SMURAGLIA, Carlo, *La persona del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 310 ss.

SPAGNUOLO VIGORITA, Luciano, FERRARO, Giuseppe, *Sanzioni disciplinari*, in *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, *Sub art. 7*, Milano, Giuffrè, 1975, I, p. 146 ss.

SPEZIALE, Valerio, *L'affissione del codice disciplinare ed i «mezzi equipollenti» di pubblicità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, II, p. 434 ss.

SPEZIALE, Valerio, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 521 ss.

SPEZIALE, Valerio, *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 233/2014.

SPINELLI, Carla, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, in A.A.V.V. *La terza riforma del lavoro. Commentario al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, aggiornato al "Collegato Lavoro", Milano, IPSOA, 2011, p. 477 ss.

TERZI, Anna, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in *La Legge 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, a cura di F. AMATO e R. SANLORENZO, in www.magistraturademocratica.it, p. 96 ss.

TERZI, Anna, *Jobs Act, le modifiche all'art. 18 dello Statuto: le vere ragioni, le conseguenze concrete*, in www.questionegiustizia.it, 19 dicembre 2014.

TORCHIA, Luisa, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, p. 133 ss.

TREMOLADA, Marco, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, University press, 2015, in www.adapt.it, p. 2 ss.

TREU, Tiziano, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT - 155/2012.

TRIMARCHI, Pietro, *Voce Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 90 ss.

TRIONI, Guido, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1982.

TULLINI, Patrizia, *Su una nozione «allargata» di fedeltà*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1988, II, p. 992 ss. (nota a Cass. 1 giugno 1988, n. 3719).

VALLEBONA, Antonio, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Vol. II, Cedam, p. 164 ss.

VARDARO, Gaetano, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, Franco Angeli ed., 1986, n. 29, p. 1 ss.

VERBARO, Francesco, *Jobs Act e tutele crescenti: il nodo dell'applicazione al lavoro pubblico*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni*, University press, 2015, in www.adapt.it, p. 119 ss.

ZOPPOLI, Antonello, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 260/2015.